

**EL SERVIDOR PÚBLICO Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: UN ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL DESDE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN.**

EDITH JOHANNA RIVERA CASTRO

ASESOR

PhD. ODUBER ALEXIS RAMÍREZ ARENAS



UNIVERSIDAD LIBRE

INSTITUTO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

2017

ACEPTACIÓN

Valoración:

Calificación (A o I) _____

DR. (A) JURADO 1

DR. (A) JURADO 2

DR. (A) JURADO 3

DIRECTIVAS ACADÉMICAS DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional

Jorge Alarcón Niño

Vicepresidente Nacional

Jorge Gaviria Liévano

Rector Nacional

Fernando D'Janon Rodríguez

Censor Nacional

Antonio José Lizarazo Ocampo

Secretario General

Floro Hermes De San José Gómez Pineda

Presidente Seccional

Julio Roberto Galindo

Rector Seccional

Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano Facultad De Derecho

Carlos Arturo Hernández Díaz

Secretario Académico

Nelo Alejandro Cañón Suárez

Director Centro De Investigaciones

John Fitzgerald Martínez Vargas

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	6
Aproximación Histórica	6
Estructura expositiva	9
1. TÍTULO I. La objeción de conciencia como Derecho fundamental	10
1.1. Análisis dogmático de la objeción de conciencia.....	10
1.1.1. La objeción de conciencia y su conceptualización	10
1.1.2. Diferencias entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil	13
1.2. La objeción de conciencia y su evolución jurisprudencial.....	18
1.2.1. La objeción de conciencia como derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	18
1.2.2. Límites generales y especiales del derecho fundamental a la objeción de conciencia.	45
2. TÍTULO II. Las relaciones especiales de sujeción y su incidencia sobre el Derecho Fundamental de objeción de conciencia	52
2.1. Relaciones especiales de sujeción: Análisis del estado de necesidad como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria	52
2.1.1. Determinación conceptual: Relaciones generales y especiales de sujeción	52

2.1.2. La necesidad de salvar un derecho propio o ajeno o “Estado de necesidad disciplinario” como causal excluyente de culpabilidad.....	59
2.2. Un análisis de las relaciones especiales de sujeción a partir de la Doctrina de la Procuraduría y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su incidencia en la objeción de conciencia.....	75
2.2.1. Las relaciones especiales de sujeción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	75
2.2.2. Las relaciones especiales de sujeción en la doctrina de la Procuraduría General de la Nación.....	83
2.2.3. Incidencia de las relaciones especiales de sujeción en el caso del derecho fundamental a la objeción de conciencia.....	88
Conclusiones.....	99
Bibliografía.....	103

Introducción

Aproximación Histórica

La Corte Constitucional en la sentencia T-227 de 2003 definió como derecho fundamental, todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana, es decir, que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella, siempre y cuando sea traducible en un derecho subjetivo.

El entendimiento actual de la objeción de conciencia como el derecho fundamental a abstenerse de cumplir un deber constitucional, o legal con fundamento en convicciones que para la persona resultan indubitables, esenciales y estrechamente ligadas a su modelo de vida (Corte Constitucional. Sentencia T-603 de 2012), con el propósito de preservar las propias convicciones sean ellas de orden ideológico, religioso o moral” (Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009), fue producto de un desarrollo jurisprudencial al interior de nuestra Corte Constitucional que partió de no reconocer su carácter de derecho fundamental de aplicación directa so pretexto de requerirse de su regulación expresa por el ordenamiento jurídico (Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 1992), a reconocérsele tal condición en diferentes ámbitos (servicio militar, asuntos laborales, temas de salud, etc.), circunscribiendo su aplicación a personas naturales y negando su procedencia a las autoridades judiciales por considerar que *“quien voluntariamente resuelve convertirse en miembro de la rama judicial debe dejar de lado sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones y ha de aplicar la normatividad vigente”* (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009).

Bajo el anterior marco conceptual se pretende realizar un análisis jurisprudencial de cara a establecer si la objeción de conciencia como derecho fundamental es susceptible de ser ejercida por los servidores públicos, que en dicha calidad están vinculados al Estado por unas relaciones especiales de sujeción, o si *contrario sensu*, el desconocimiento de sus deberes funcionales bajo la premisa del ejercicio del derecho fundamental en comento puede generar responsabilidad disciplinaria para el funcionario público.

Lo antes expuesto, en sede de investigación académica, da lugar a generar un aporte acerca de la forma de armonizar el ámbito del ejercicio del derecho fundamental a la objeción de conciencia, con los parámetros y criterios del régimen de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, teniendo en cuenta justamente que en tratándose de un derecho fundamental con un desarrollo aislado no cuenta con una teoría aplicable al servidor público.

El servidor público por el hecho de serlo, no deja de tener convicciones de orden ideológico, religiosas o morales que pueden entrar en conflicto con las normas jurídicas que debe aplicar en cumplimiento de sus deberes funcionales, lo que justifica el estudio de la objeción de conciencia en su dimensión de derecho fundamental, para así determinar si puede ser ejercida por los servidores públicos para negarse al cumplimiento de deberes a su cargo.

En el marco del paralelismo resultante de la confrontación, por un lado del artículo 18 de la Constitución Política de 1991 que erige en derecho fundamental la libertad de conciencia, garantizando a toda persona la prerrogativa de no ser obligado a actuar en contra de lo que dicten sus convicciones y, por otro, los artículos 6, 122 y 123 de la Carta que imponen a los servidores públicos el deber de cumplir los deberes que le incumben, haciéndolos responsables disciplinariamente por infringir la Constitución, la ley y los reglamentos, y por omisión o

extralimitación en el ejercicio de sus funciones, en esta tesina se estudiará, si en tratándose del ejercicio de la función pública, el servidor estatal se desliga de su condición de particular para convertirse en órgano representativo de la voluntad del Estado cuya labor no expresa sus intereses o preferencias privadas e íntimas, sino la voluntad o querer estatal materializado en unos deberes definidos constitucional, legal o reglamentariamente, o si por el contrario, su condición de servidor del Estado no lo despoja en el ejercicio de las funciones bajo su responsabilidad, del derecho a anteponer sus convicciones ideológicas, religiosas o morales, al cumplimiento de un deber que deba observar como consecuencia del cargo desempeñado; así, necesario es preguntar ¿En qué medida el servidor público afecto a una relación especial de sujeción, puede negarse a cumplir con sus deberes funcionales so pretexto de ejercer la objeción de conciencia como derecho fundamental y cómo aborda este tema la jurisprudencia colombiana?.

La vinculación voluntaria del servidor público al Estado; el juramento que presta al momento de su posesión de desempeñar los deberes que le incumben; la existencia de unas relaciones especiales de sujeción que vinculan a los servidores públicos con el Estado y que le otorgan a este potestad disciplinaria frente a los primeros permiten esperar que el aporte del presente trabajo de investigación tenga relevancia concreta en el área del derecho disciplinario, como manifestación por excelencia del derecho público, más aún que su sustrato es de eminente raigambre constitucional, presupuesto básico para la materialización de los fines y objetivos del Estado social y democrático de derecho.

Así mismo, y con base en lo anterior, se tiene que la disposición de la función administrativa dirigida al servicio del interés general; la existencia de unos fines esenciales que el Estado debe procurar alcanzar a través de las entidades constitucional y legalmente creadas que funcionan

materialmente a través de servidores públicos; y la antijuridicidad de la falta disciplinaria estructurada sobre la infracción sustancial de los deberes a cargo de los funcionario públicos, serán los puntos de partida utilizados para concluir si cuando se trata del ejercicio de la función pública, el funcionario o servidor estatal se desprende de condición de particular para asumir el rol de órgano representativo de la voluntad del Estado; si en el desempeño de su cargo le es dable expresar sus intereses o preferencias privadas e íntimas, o si por el contrario solo puede expresar y ejecutar la voluntad o querer estatal materializado en unos deberes funcionales definidos constitucional, legal o reglamentariamente.

Estructura expositiva

En un primer momento se abordará la objeción de conciencia como derecho fundamental desarrollando el tema en dos capítulos: (I) Análisis dogmático doctrinal de la objeción de conciencia (II) La objeción de conciencia y su evolución jurisprudencial.

En un segundo momento se analizarán las relaciones especiales de sujeción y su incidencia sobre el derecho fundamental de objeción de conciencia (I) Relaciones especiales de sujeción: análisis del estado de necesidad como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, (II) Análisis de las relaciones especiales de sujeción a partir de la doctrina de la Procuraduría y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1. TÍTULO I. La objeción de conciencia como Derecho fundamental

1.1. Análisis dogmático de la objeción de conciencia

1.1.1. La objeción de conciencia y su conceptualización

La objeción de conciencia fue consagrada en el artículo 18 de la Constitución Política de 1991 que garantiza la libertad de conciencia en los siguientes términos:

“Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia” (Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 18).

A nivel internacional su soporte normativo se encuentra en el artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que establece: *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”*; y del artículo 12 de la Convención Americana de derechos humanos que prescribe: *“toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión”*.

Según la Corte Constitucional la objeción de conciencia *“debe ser entendida como la abstención frente a un deber constitucional o legal con fundamento en convicciones que para la persona resultan indubitables, esenciales y estrechamente ligadas a su modelo de vida”* (Corte Constitucional, Sentencia T-603 de 2012); su propósito es *“preservar las propias convicciones sean ellas de orden ideológico, religioso o moral”* (Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009) y se presenta cuando:

“...el cumplimiento de la normatividad vigente exige por parte de las personas obligadas a acatarla un comportamiento que su conciencia prohíbe. En otras palabras, ha dicho la Corte, la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral. Siguiendo a Venditti, la Corporación ha definido la objeción de conciencia, como la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito” (Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2009).

Para la Comisión General de Bioética (Bioética, 2011) Objeción consiste en el rechazo del individuo, por razones de conciencia, a someterse a una conducta que en principio se le podría exigir jurídicamente (bien porque la obligación derive directamente de una norma o porque lo haga de un contrato) (Bioética, 2011)

También se ha definido como una actitud de insumisión ante un mandato legal, basada en motivos de conciencia, ya sea de índole filosófica, política o religiosa. (Capdevielle, 2015)

Corolario de lo antes expuesto, y acorde con las anteriores definiciones, la objeción de conciencia podrá ser concebido como el derecho a abstenerse de cumplir un mandato jurídico, por resultar contrario a las propias convicciones.

Ahora bien, una cosa es la objeción de conciencia y otra diametralmente distinta es la desobediencia civil si bien a primera vista guardan similitudes tales como el desconocimiento del deber de acatar un mandato normativo y partirse de una honesta postura de que dicho desconocimiento es legítimo y por ende no punible.

Así, la desobediencia civil está conceptualizada desde una vista doctrinal, en primer momento, por Oscar Mejía Quintana quien la define como un “...acto razonado, público y no violento, por medio del cual una parte de los integrantes de la sociedad presentan una serie de razones y argumentos para desobedecer una ley que perjudica sus intereses grupales y que tiene como objetivo último generar unas dinámicas de cambio en el interior del orden institucional para que se corrijan una serie de fallas presentes en el mismo”. (Mejía, 2003)

Debe recordarse que el origen mismo del concepto de “desobediencia civil” tiene su origen en un acto de rebeldía a un mandato federal de naturaleza tributario de los Estados Unidos con el objeto de financiar la guerra contra México que era considerado por una parte de la élite intelectual americana de la época como injusta; de allí que David Thoreau por vez primera hiciera uso de dicha expresión en su obra “Sobre la desobediencia civil” de 1849 y en la cual realizaba juicios morales de validez de los actos de gobierno y de los soportes jurídicos de los mismos con los cuales desnudaba la injusticia contenida en dichos actos y normas así:

“... cuando una sexta parte de la población del país que se ha comprometido a ser refugio de la libertad, está esclavizada, y toda una nación (México) es agredida y conquistada injustamente por un ejército extranjero y sometida a ley marcial, creo que ha llegado el momento que los hombres honrados se rebelen y se subleven. Y este deber es tanto más urgente, por cuanto que el país así ultrajado no es el nuestro, sino que el nuestro es el invasor” (Thoreau, 1987)

Thoreau da a entender que la desobediencia civil puede definirse como un acto consciente de desconocimiento del poder vinculante del derecho o de un acto ejecutivo de gobierno que es moralmente reprochable y materialmente injusto.

John Rawls, intelectual cuyo concepto de justicia es actualmente el núcleo mismo de la discusión en el campo del derecho y la economía, igualmente se aventura a generar su propio concepto de desobediencia civil:

“un acto público, no violento y hecho en conciencia, contrario a la ley y habitualmente realizado con la intención de producir un cambio en las políticas o en las leyes del gobierno”. (Rawls, 1986, p.130)

Finalmente es de anotar que si bien jurisprudencialmente no se aborda de manera expresa un concepto o definición de la desobediencia civil si se enuncian algunas o sus principales características en un contexto diferenciador del objeto principal de estudio de esta investigación que es el objeto mismo de análisis del siguiente acápite.

1.1.2. Diferencias entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil

La Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-571 de 2008 consideró que la desobediencia civil fue creada por la doctrina como respuesta a la pregunta de *“si las personas deben obedecer sus leyes siempre y en todas las circunstancias o este deber de obediencia cesa y surge la obligación de la resistencia cuando la ley es injusta, o ilegítima (emana de quien no tiene el poder de legislar), o inválida (inconstitucional).”* (Corte Constitucional, Sentencia T-571 de 2008)

En explicación de lo antes citado, manifiesta la Corte que la resistencia civil se antoja legítima en tanto no es cosa distinta que una resistencia fáctica al cumplimiento o acatamiento de postulados normativos contrarios a los valores y principios constitucionales o cuando el objeto

de la misma es la materialización, justamente, de los mencionados principios (justicia, equidad, dignidad, etc). Sin embargo, la Corte aclara en el fallo citado que el fin último de la resistencia como manifestación de desobediencia civil debe estar demostrado, esto es, que en realidad se busca desnudar la contradicción entre el ordenamiento jurídico y los fundamentos constitucionales o la realización efectiva de los principios y valores allí contenidos; esto es de extrema relevancia toda vez que enfatiza la Corte dos aspectos angulares para diferenciar la desobediencia civil del simple y plano apartamiento del deber de acatar el orden jurídico: i). Se deben “reconocer y aceptar como legítimos los *“principios estructurales de la organización política y jurídica”* y ii) (Sentencia T-571 de 2008). No se busca romperlos o desconocerlos sino, por el contrario, lograr que se implementen de forma adecuada.

Llama la atención de forma especial que la Corte, en la providencia citada, cita a John Rawls, máximo exponente actual de la teoría de la justicia en sede de filosofía del derecho, en un sentido justificatorio en términos constitucionales de la desobediencia civil; en efecto, la Corte cita a Rawls (Caballero, 2006) cuando este califica la desobediencia como el acto de “rebelión jurídica” que se justifica en principio políticos concretamente de justicia social, es decir, aclara el autor citado que nunca pueden soportarse en principios de moralidad personal o subjetiva o de creencias religiosas, insiste el autor, porque lo relevante es el presupuesto de justicia común que subyace bajo principios políticos.

Con todo, la Corte enuncia dos características que son las que permiten reconocer a la desobediencia civil un matiz axiológico que la valida: i). Nunca es violenta y ii). Busca la defensa de los principios y valores fundantes del orden constitucional; esto significa, en el primer evento, que no es permitido de forma alguna la lesión física o jurídica a las personas, bienes o cosas y, en el segundo, que *“aquellas manifestaciones de insumisión al derecho (...), no obstante*

ilegales, deben guardar un mínimo de lealtad al régimen político, y (...) esa lealtad debe cifrarse en la aceptación de que el cambio de política o de sociedad que se propugna ha de obtenerse a través del consentimiento de la mayoría, no mediante la imposición”, esto es, en respeto de las reglas democráticas y del principio mayoritario”. (Corte Constitucional, Sentencia T-571 de 2008)

La aceptación y reconocimiento de la desobediencia civil como reacción de hecho legítima tiene especial importancia en un ámbito jurídico en el que la resistencia al cumplimiento de mandatos legales no se afina solo en el ejercicio legítimo de ésta sino también en la objeción de conciencia; de allí la necesidad de diferenciar estas dos figuras.

Con todo, la desobediencia civil tiene una esencial fuente de legitimidad en los postulados contemporáneos de filosofía del derecho constitucional que aporta en el reconocimiento de la validez de esta figura; en efecto, es necesario recordar que producto de las atrocidades ocurridas en la Alemania nazi amparadas bajo mantos de legalidad del Reich pensadores como Gustav Radbruch (Gustav Radbruch "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" en G. Radbruch, Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, volumen 3, 89. Tomado de ALEXY, Robert. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”. Disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf;jsessionid=AE19A2468C765006FC13BFB14C16EBE7?sequence=1>, 1990) se oponen a cumplir dicho ordenamiento jurídico al exponer, justamente, que el derecho injusto no es derecho; en la actualidad (Robert Alexy, 2000) mantiene esa línea en punto del análisis de la validez del derecho defendiendo que ante un derecho injusto la validez del mismo se pierde y ello funge como habilitante legítimo para desobedecer a dicho ordenamiento jurídico. Nótese entonces que las exigencias constitucionales plasmadas en la providencia en cita afloran en la

exposición de las tesis de Radbruch y Alexy toda vez que la desobediencia al derecho se da sin hacer uso de la violencia bajo ninguna manifestación y aquella se soporta sobre el reconocimiento de la injusticia del ordenamiento jurídico al punto que se considera ha perdido su validez.

Igualmente, debe reiterarse que es de especial importancia la acreditación de las dos características señaladas por la Corte en la providencia citada toda vez que abandonar cualquiera de estas fácilmente puede derivar en escenarios distintos y propios de la competencia del área penal; así por ejemplo, respecto de la primera de ellas, hacer uso de la violencia estaría dando lugar al delito de asonada o la comisión de otros delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico o, respecto de la segunda, deformar la desobediencia civil en una rebelión o en cualquiera de las conductas proscritas como atentatorias contra el orden constitucional y legal.

Posteriormente, y en punto de abordar la segunda figura bajo la cual es permitido de forma legítima desconocer el deber de acatamiento del ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional en sentencia T-603 de 2012 toca el tema de la objeción de conciencia en parangón con la desobediencia civil; Así, con mayor claridad sostuvo que la objeción de conciencia es una forma de desobediencia al derecho que se diferencia de la desobediencia civil en que *“mientras esta última es un hecho, aquella es un derecho, dado que de ella sí puede predicarse la estructura de un derecho subjetivo, como lo es: un sujeto beneficiario, uno o varios sujetos obligados, y una prestación concreta, relativa a la permisión de abstención frente a un deber específico y determinado”* (Corte Constitucional, Sentencia T-603 de 2012).

En punto del análisis que maneja la Corte en la sentencia en cita respecto de las diferencias existentes entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia, manifiesta la Corte que dentro del ámbito de vigencia de un orden constitucionalmente establecido es plausible admitir formas de desobediencia, unas legítimas y otras no en donde estas últimas están sujetas a sanción. Dentro de las formas legítimas de apartarse del cumplimiento de preceptos legales, como lo anota la Corte, la desobediencia civil es fáctica en tanto que a la objeción de conciencia sí le asiste la naturaleza jurídica de derecho solo que la objeción de conciencia es una forma especial de desobediencia civil, entre otras cosas, porque la objeción de conciencia comporta el ejercicio del derecho fundamental consagrado en el artículo 18 superior en el entendido que nadie está obligado a actuar contra su propia conciencia; de hecho la Corte referencia las particularidades de la objeción de conciencia respecto de la desobediencia civil así:

Es más, independientemente de la postura que se adopte, lo cierto es que la objeción de conciencia -como ya se dijo- es susceptible de ser analizada bajo la estructura de los derechos subjetivos. En cambio, la desobediencia civil es un hecho frente al cual no podría esperarse una conducta determinable como una prestación concreta por parte del Estado, como si sucede en aquella, donde se espera que el poder constituido permita el ejercicio de la objeción de conciencia con la consecuente permisión de la abstención frente al deber exigido. Por ello, a juicio de esta Sala, lo anterior se consolidaría en el rasgo que permitiría distinguir entre una y la otra”. (Sentencia T-603 de 2012)

En síntesis, tanto la objeción de conciencia como la desobediencia civil, son formas de desobediencia al derecho que se diferencian entre sí en que mientras la objeción de conciencia es un derecho adscrito a un sujeto (persona natural) y generador de una prestación concreta

(posibilidad de incumplir un deber que atenta contra convicciones ideológicas, morales o religiosas de suma valía para la persona), la desobediencia civil es un hecho que no genera una prestación exigible del Estado y que busca de éste un cambio normativo en defensa del principio de justicia y de los demás principios estructurales del ordenamiento constitucional.

1.2. La objeción de conciencia y su evolución jurisprudencial

1.2.1. La objeción de conciencia como derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El problema de la objeción de conciencia como institución es que a nivel comparado ha contado con muy pocos escenarios reales de configuración expresa constitucional en su naturaleza de derecho fundamental (Gómez, 2016). En efecto, la regla general es que la objeción de conciencia sea una derivación del ejercicio del derecho de libertad en una dimensión específica tal como la libertad de conciencia, de religión o culto, o de opinión con lo cual queda claro que más que un “derecho de rebelión” es una manifestación de la autodeterminación del ser por convicciones morales, religiosas o políticas; por ello, no es común ver el derecho a la objeción de conciencia en textos constitucionales como se anotó al punto que hay países en los cuales se ha privilegiado la regulación legal (Ley Libertad Religiosa que define la objeción de conciencia como “la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal en razón de sus convicciones morales”, 2010) más que constitucional de la misma.

Con base en lo anterior, a nivel de derecho comparado el desarrollo y evolución de la figura se ha dado más en un ámbito jurisprudencial que en uno normativo ya sea de rango

constitucional o legal.

Colombia no ha sido la excepción a ese movimiento homogéneo del tratamiento de la objeción de conciencia en el mundo jurídico continental europeo por lo cual la evolución y reconocimiento de la objeción de conciencia como derecho fundamental se ha afincado, más que en la doctrina o en parámetros normativos, en la evolución que al respecto se ha dado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De cara entonces a observar de forma transversal la manera como la objeción de conciencia ha tenido dicha evolución debe partirse de lo que esta misma jurisprudencia ha definido son las características y el concepto mismo de lo que debe entenderse es un derecho fundamental; a este respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-227 de 2003 construyó el siguiente concepto de derecho fundamental:

“...En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).” (Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 2003)

Teniendo en cuenta el modelo de Estado que nos rige en donde la piedra angular es la igualdad (Contrario a los postulados básicos del Estado anglosajón en donde la piedra angular

del sistema de derechos es la libertad), pueden advertirse, entonces, dos características: i). Siempre debe comportar la posibilidad de reconocer un derecho subjetivo (Los derechos fundamentales como derechos subjetivos son la manifestación por excelencia de la influencia del liberalismo en la conformación del modelo de Estado), ii). Debe tener por vocación última la materialización del principio de dignidad humana. Las dos, en conjunto, deben maximizar el principio de autorrealización de las personas en plena consonancia con su posibilidad de efectivización y el papel que el mismo puede tener en el aporte a la construcción de sociedad.

La definición contenida en el aparte jurisprudencial citado ha sido reafirmada posteriormente por la Corte en las sentencias T-219 de 2005, T-585 de 2006 y T-659 de 2007 en sentido idéntico de confirmación de las dos características enunciadas con lo cual podría concluirse que la Corte tiene decantada de forma pacífica y reiterada esta situación en línea jurisprudencial debidamente cimentada.

Doctrinariamente los derechos fundamentales han sido considerados no como reglas que imponen deberes cerrados frente a supuestos de hechos delimitados, sino como principios a través de los cuales se procura que un *“estado ideal de cosas, sea perseguido por el legislador, por el órgano ejecutivo, o por el juez, en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas del sistema y fácticas del contexto”* (Chinchilla, 2009).

Los derechos fundamentales son *“derechos de los sujetos individuales –siempre requieren individualización en la esfera de su garantía- y suponen situaciones subjetivas valoradas como ventajosas para ellos; pero son algo más: suponen también ventajas adicionales para el conjunto de los hombres y también para la sociedad y el Estado. En este sentido se dice que tienen una dimensión objetiva, como valores esenciales del sistema jurídico y fundamentos de*

ese orden” (Chinchilla, 2009).

Así, entonces, en un sistema normativo complejo y compuesto por tres grandes (Rodríguez, C. 1997) bloques de contenidos normativos a saber: i). Valores, ii). Principios, iii). Reglas se tiene que los primeros, por su especial contenido axiológico no son *per se* justiciables pero son ideales de funcionamiento de un sistema jurídico de derecho por lo cual, el siguiente nivel, los principios, son presupuestos deontológicos que fungen como sustrato mismo de la construcción de la categoría normativa denominada derechos fundamentales y por último, brevemente enunciada, la regla está llamada a ser la clásica construcción de un imperativo categórico abstracto, impersonal y general. Así, el derecho fundamental es la normativización con fines de justiciabilidad y materialidad en su máximo posible, de lo que debe ser la realización subjetiva de la dignidad humana.

En síntesis de esta breve referencia jurisprudencial y doctrinaria la fundamentabilidad de un derecho radica en la importancia que el Estado y la sociedad –consenso social- le reconozca a la garantía y realización del principio de dignidad humana.

Partiendo de dicha conceptualización se tiene que para efectos propios del tema de la objeción de conciencia la Corte Constitucional comenzó su aproximación al tema en sede de análisis de casos particulares o en casos de control concreto de constitucionalidad (acciones de tutela) y a partir de casos relacionados con la prestación del servicio militar obligatorio.

Así, una primera referencia se da en la sentencia de tutela **T-409 de 1992** en la cual la Corte Constitucional partió de señalar que la facultad que tiene una persona para actuar en un determinado sentido, o para abstenerse de hacerlo, se ve determinada en grado sumo por sus convicciones, por su propia ideología, por su manera de concebir el mundo, “*Tales convicciones*

e ideología son el producto de su formación académica, social, moral y religiosa, la cual condiciona al individuo imponiéndole modelos de comportamiento a seguir en medio de la sociedad a la cual pertenece y encauzando el ejercicio de su libertad, la cual, por eso mismo, pierde desde el comienzo su carácter absoluto”. (Corte Constitucional, Sentencia T-409 de 1992)

Para la Corte, al amparo del artículo 18 de la Constitución Política, cada individuo a partir de su fuero interno:

“...goza de facultad para actuar o abstenerse de hacerlo en virtud de su razón práctica, de su pensamiento y de su íntima convicción, claro está, sobre la base, implícita en todo derecho y en toda libertad, de que sus expresiones están limitadas por los derechos de los demás y por las necesidades propias del orden público, la tranquilidad, la salubridad y la seguridad colectivas” (Sentencia T-409 de 1992).

Siguiendo a (Venditi, 1981) la Corte definió la objeción de conciencia como *"la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito"* y finalizó negando el amparo de tutela considerado que:

“...para que pueda invocarse, requiere de su expresa institucionalización dentro del respectivo ordenamiento jurídico. Es decir, las autoridades no pueden admitirla sin estar contemplada su posibilidad ni fijadas en norma vigente las condiciones dentro de las cuales ha de reconocerse; hacerlo sin ese fundamento en casos específicos representaría desbordamiento de sus atribuciones y franca violación del principio de

igualdad, aparte de la incertidumbre que se generaría en el interior de la comunidad". (Venditi, 1981)

Dos años después, en la sentencia **C – 511 de 1994** la Corte reafirmó la postura que sobre la objeción de conciencia sostuvo en la sentencia T -409 de 1992, agregando tan solo que: *“no existe en nuestro régimen relacionado con el servicio militar la figura de la "objeción de conciencia", por cuanto no resulta del fuero propio de las exigencias del servicio militar el autorizar a los ciudadanos para no atender este deber esencial, cuyos basamentos se encuentran no sólo en lo dispuesto en la ley sino justamente en la conciencia del propio compromiso social”*. (Corte Constitucional, Sentencia C-511 de 1994)

Posteriormente en la sentencia **T-363 de 1995** la Corte sostuvo, que aun cuando una persona no puede ser obligada a actuar contra su propia conciencia dicho derecho *“tiene claros límites relacionados con el interés general, lo cual significa que las propias convicciones no pueden invocarse como excusas para el cumplimiento de deberes que el Estado impone a todos por igual y que objetivamente considerados no implican prácticas o actuaciones susceptibles de ser enfrentadas a la conciencia individual”*, (Corte Constitucional, Sentencia T-363 de 1995) concluyendo que es erróneo considerar que la prestación del servicio militar es de por sí violencia, daño a terceros o ejercicio irracional de la fuerza toda vez que la prestación del servicio militar, consideradas todas sus facetas, realmente implica un deber abstracto que se concretiza conforme a los postulados legales y constitucionales. Manifiesta la Corte que una característica propia del servicio castrense es la disciplina y el deber de acatamiento de las órdenes que en ese escenario se imparten por lo cual será en casos específicos y de cara al contenido de dichas órdenes y del contexto en que se exija disciplina que debe determinarse si

las mismas tienen o no el potencial de lesión de un bien jurídico superior como la autorrealización conforme a las convicciones y creencias propias.

Finaliza la Corte haciendo una cita de la institución militar de la obediencia debida para mencionar que la misma es angular en el cumplimiento de los fines y objetivos propios de las instituciones militares, empero, que sí es legítimamente admisible el desconocimiento de la estructura jerárquica de órdenes en dicho escenario cuando las mismas tengan por objeto la ruptura de los valores y principios propios del orden constitucional como lo es el natural respeto por los derechos humanos; con lo cual, habilitado queda el inferior para dar plena prevalencia a sus propias convicciones sobre el antivalor jurídico de la orden a ser desconocida.

Ese mismo año, en la sentencia **C-561 de 1995** la Corte reiteró la jurisprudencia plasmada en las sentencias T - 409 del 8 de junio de 1992, C - 511 del 16 de noviembre de 1994 y T - 363 del 14 de agosto de 1995 y cuya ratio decidendi es idéntica a lo antes citado.

La anterior línea jurisprudencial cambió de manera expresa con la sentencia **C - 728 de 2009** en la cual el Tribunal Constitucional determinó que existían varias razones para variar el criterio de la corporación conforme a la cual, bajo el orden constitucional vigente no existía el derecho a la objeción de conciencia respecto del deber de prestar el servicio militar obligatorio.

Las razones del cambio jurisprudencial se plasman desde la misma ratio decidendi así:

“Para la Corte, a partir de una lectura armónica de los artículos, 18 (libertad de conciencia) y 19 (libertad de religión y cultos) de la Constitución, a la luz del bloque de constitucionalidad, es posible concluir que de los mismos sí se desprende la garantía de la objeción de conciencia frente al servicio militar.

“Lo anterior encuentra sustento en el hecho de que, en general, la libertad de conciencia, como se indicó, explícitamente garantiza a toda persona el derecho constitucional a ‘no ser obligado actuar en contra de su conciencia’. De este modo, quien de manera seria presente una objeción de conciencia, vería irrespetado su derecho si, pese a ello, se le impusiese un deber que tiene un altísimo grado de afectación sobre la persona en cuanto que, precisamente, su cumplimiento implicaría actuar en contra de su conciencia. (Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2009)

De la mayor relevancia es la fundamentación de este giro jurisprudencial toda vez que la Corte, contrario a lo hasta ese momento sostenido, consideró que la ausencia de desarrollo legislativo no podría ser causa eficiente de la negación del derecho a actuar conforme a propios valores, principios, creencias y opiniones; en otras palabras, la Corte consideró que cuando un derecho no se desarrolla legislativamente ello no significa en modo alguno que sea legítima la ineficacia del derecho ya que el mismo puede hacerse valer directamente del contenido de las cláusulas constitucionales.

Aunado a esta “defensa constitucional” del derecho, la Corte enunció muy válidamente unas condiciones subjetivas para poder predicar que la objeción de conciencia es real y legítima; así por ejemplo, estableció que las creencias y valores personalísimos no pueden ser propias del fuero interno de la persona sino que deben ser guía misma de su propia existencia y de su actuación y relación con la sociedad con lo cual, de ser las primeras, no se configuraría vulneración alguna cuando la persona sea sometida a la prestación del servicio militar; por el contrario, si se trata de las segundas es perfectamente válido priorizar el ejercicio del derecho fundamental sobre la prestación del servicio militar toda vez que aplicaría el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a actuar contra su propia conciencia.

Ahora bien, no basta al criterio de la Corte la enunciación de las condiciones subjetivas antes anotadas sino que, por el contrario, como forma legítima de variar el precedente, la Corte fue más allá en su análisis y también estableció referentes de cargas probatorias y las características de las convicciones o razones personales del objetor como para que las mismas tengan la entidad suficiente para primar sobre un deber legal.

Respecto de la carga probatoria, manifestó la Corte:

“En tal sentido, todo objetor de conciencia tendrá la mínima obligación de demostrar las manifestaciones externas de sus convicciones y de sus creencias. Es su deber, probar que su conciencia ha condicionado y determinado su actuar de tal forma, que prestar el servicio militar obligatorio implicaría actuar en contra de ella. (Sentencia C-728 de 2009)

Finalmente, en lo atinente a las características de las convicciones se enunció en la providencia en cita:

“Ahora bien, las convicciones o creencias que se invoquen, además de tener manifestaciones externas que se puedan probar, deben ser profundas, fijas y sinceras.

“Que sean profundas implica que no son una convicción o una creencia personal superficial, sino que afecta de manera integral su vida y su forma de ser, así como la totalidad de sus decisiones y apreciaciones. Tiene que tratarse de convicciones o creencias que formen parte de su forma de vida y que condicionen su actuar de manera integral.

“Que sean fijas, implica que no son móviles, que no se trata de convicciones o creencias que pueden ser modificadas fácil o rápidamente. Creencias o convicciones que tan sólo hace poco tiempo se alega tener.

“Finalmente, que sean sinceras implica que son honestas, que no son falsas, acomodaticias o estratégicas. En tal caso, por ejemplo, el comportamiento violento de un joven en riñas escolares puede ser una forma legítima de desvirtuar la supuesta sinceridad, si ésta realmente no existe. (Sentencia C-728 de 2009)

Punto aparte merece especial mención el hecho de que la Corte superó una falsa creencia que la práctica había dado lugar: que la objeción de conciencia solo podría proceder cuando su fundamentación fuese de naturaleza religiosa. En efecto, dentro del amplísimo análisis efectuado por el Tribunal constitucional se aprovechó el estudio de la figura para dejar en claro que no solo las convicciones religiosas son norte de la existencia de una persona sino que, igualmente, lo conforman las más íntimas creencias de tipo ético, moral, filosófico o político. En los siguientes términos es que la Corte amplía el espectro de convicciones y creencias habilitantes de la objeción de conciencia:

“Por otra parte, aclara la Corte, que las convicciones o creencias susceptibles de ser alegadas pueden ser de carácter religioso, ético, moral o filosófico. Las normas constitucionales e internacionales, como fue expuesto, no se circunscriben a las creencias religiosas, contemplan convicciones humanas de otro orden, que estructuran la autonomía y la personalidad de toda persona”. (Sentencia C-728 de 2009)

El cambio jurisprudencial recién expuesto fue ratificado en la sentencia **T-018 de 2012** en los mismos términos citados y más recientemente en sentencia de tutela **T-455 de 2014**, en la cual se reiteró el criterio citado y se añadió el necesario ejercicio de ponderación como fórmula de superación de la tensión existente entre el derecho y el deber valorados en casos específicos. En la providencia en cita se expuso:

“...así como los derechos no tienen carácter absoluto, tampoco los tienen los deberes, so pena de transmutar el Estado en uno de índole autoritario y por lo mismo contrario a la vigencia de las libertades individuales. Por ende, en el caso del servicio militar obligatorio y la objeción de conciencia opera una tensión que debe ser resuelta a partir de herramientas propias de la ponderación entre derechos y deberes. Por ende, como lo ha señalado la jurisprudencia en comentario (i) no toda manifestación de conciencia sirve para que el ciudadano se excuse del cumplimiento de los deberes constitucionales; (ii) el derecho a la objeción de conciencia, el cual tiene carácter constitucional y se predica en diversos escenarios, no solo en el ámbito del servicio militar obligatorio, debe ser garantizado habida cuenta su condición de fundamentalidad, sin que para ello se requiera un desarrollo legislativo posterior; (iii) la definición de la objeción de conciencia como causal para eximirse de un deber constitucional debe, entonces, realizarse mediante un ejercicio de ponderación que garantice la protección del núcleo esencial de los derechos concernidos; y (iv) dicho ejercicio de ponderación debe consultar la sinceridad, firmeza y seriedad de las razones que formula el objetor para negarse a cumplir con el deber constitucional o legal. Estas condiciones son generalmente acreditadas, por ejemplo, cuando la

objeción se vincula con las íntimas convicciones de índole religioso que tenga el objetor.

(...)

“La jurisprudencia constitucional ha concluido, en ese sentido, que existe un derecho fundamental a la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio. Este derecho tiene raigambre constitucional y, por esa misma razón, eficacia directa sin necesidad de desarrollo legislativo posterior” (Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2014)

Finalmente, en lo que hace alusión al tema de la objeción de conciencia y la prestación del servicio militar obligatorio, debe mencionarse que la Corte Constitucional recientemente se pronunció (Corte Constitucional, Sentencia SU-108 de 2016) en sede de reiteración de jurisprudencial cita nuevamente a la **T-455 de 2014**, especialmente, en lo referente a las siete reglas que debe seguir la autoridad militar en los eventos en que se proponga por un ciudadano la objeción de conciencia como escenario eximente de la prestación de la obligación castrense anotada.

La Corte Constitucional, en acatamiento de su nuevo precedente, también ha tenido la oportunidad de abordar el tema de la objeción de conciencia en áreas diferentes a la prestación del servicio militar obligatorio.

En la sentencia de tutela **T – 588 de 1998** la Corte abordó la solución de un conflicto que involucraba de un lado el derecho a la libertad de cátedra y de otro, los derechos a la libertad religiosa y de conciencia. En aquella oportunidad sostuvo:

“La prosecución de una meta u objetivo que las leyes le asignan a la educación y que, eventualmente, el profesor dentro de su ámbito de libertad está llamado a concretar, que en este caso se traduce en la realización de un logro curricular - coordinación de movimientos corporales de acuerdo con diferentes ritmos y posiciones -, no puede ignorar sus efectos en la esfera de la libertad religiosa de los educandos. (Sentencia T-588 de 1998)

(...)

“Ahora, si los mismos objetivos pueden obtenerse a través de medios y procedimientos que eliminen las bases de la objeción de conciencia o religiosa que pueda elevarse contra determinada práctica escolar, el principio constitucional de armonización concreta le daría su aval a la solución que permitiera el simultáneo ejercicio de los derechos en aparente conflicto, el cual se superaría conservando la meta didáctica pero modificando o ajustando el método ideado para alcanzarla. Si por el contrario, la política o la acción se estiman necesarias para el desarrollo integral del discente y el medio de ejecución objetivamente insustituible, las posibilidades de armonización concreta se reducen, especialmente por la necesidad de optar por el mejor interés del educando menor de edad, en cuyo caso se alejarían las posibilidades de que en este tipo de situaciones pueda tener precedencia la libertad religiosa o la objeción de conciencia planteadas. En este último contexto, cobra toda su importancia la libertad de enseñanza que se manifiesta en la creación de centros educativos basados en ciertas concepciones de orden espiritual o religioso y que les permiten a los padres escoger el tipo de educación más adecuada para sus hijos”. (Sentencia T-588 de 1998)

La corroboración de que la Corte reconoce y propende por la materialización e la objeción de conciencia como un derecho fundamental se hace visible por la forma misma como la Corte habilita los escenarios de superación de conflictos, en sede de tensiones, entre el derecho mencionado y los deberes que se antojan contrarios a las creencias y convicciones del objetor. En la sentencia citada, la Corte además de echar mano del test de ponderación, hace alusión expresa al principio de armonización concreta en el entendido en que la regla general es la maximización del derecho en plena concatenación con la realización del deber, es decir, nuevamente la Corte da prelación al mandato de optimización del derecho fundamental pero en un contexto de evitación de sacrificio del deber.

En la sentencia de constitucionalidad **C-616 de 1997** la Corte abordó el estudio de la libertad y de la objeción de conciencia desde la perspectiva de la obligación de prestar juramento. En aquella oportunidad, partiendo de definir lo que se entiende por conciencia -“*el propio e íntimo discernimiento sobre lo que está bien y lo que está mal*” (Sentencia C-616 de 1997) - y de distinguir la libertad de conciencia, de la libertad de pensamiento y opinión y de la libertad religiosa, la Corte sostuvo:

“En efecto, la libertad de conciencia se ha distinguido de las libertades de pensamiento y opinión, y también de la libertad religiosa, considerándose que ella no tiene por objeto un sistema de ideas, ni tampoco la protección de una determinada forma de relación con Dios, sino la facultad del entendimiento de formular juicios prácticos en relación con lo que resulta ser una acción correcta frente a una situación concreta que se presenta de facto. En otras palabras, es la facultad de discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral, pero en relación con lo que concretamente,

en determinada situación, debemos hacer o no hacer. Por eso se dice que es un conocimiento práctico

“Por consiguiente, a diferencia de la libertad de opinión o de la libertad religiosa, la de conciencia, se ejerce siempre de modo individual. En cuanto prerrogativa personal, la conciencia a la que se refiere la libertad constitucionalmente protegida, es la conciencia subjetiva, o mejor, la regla subjetiva de moralidad. No se trata pues de la protección abstracta de un sistema moral determinado, o de una regla objetiva de moralidad. (Sentencia C-616 de 1997)

En desarrollo de tal ejercicio de diferenciación la Corte arriba a una conclusión angular para los efectos de esta investigación: si bien la libertad de conciencia, de opinión o de credo son derechos distintos ello no es óbice para que éstos últimos sean presupuesto de fundamentación del primero. En efecto, la Corte enuncia como el criterio moral subjetivo diferenciador de lo correcto y de lo incorrecto surge al margen del ejercicio antecedente de una de las libertades en comento; así por ejemplo, la Corte menciona que al margen del ejercicio concreto de un credo o plenamente adscrito a su ritualidad es perfectamente legítimo que una persona se halle en condiciones morales de autodefinir qué entiende por bueno y qué por malo, en contexto del lenguaje jurídico del ejercicio de los derechos, qué acción es correcta y cuál no lo es. Tan válida es la conclusión de la Corte que de forma aguda invita a proponer una pregunta retórica: Sin dicho presupuesto de ejercicio de derechos ¿Cómo ejercería la objeción de conciencia un ateo o un agnóstico? Es claro, entonces, que la Corte ha decantado al extremo las diferencias tanto dogmáticas como de ejercicio de los derechos de libertad citados.

¿A dónde va la Corte con dicha diferenciación? A exponer, como parte angular de la resolución del problema jurídico de dicha providencia que la prestación del juramento no tiene entidad de afectación negativa o negación de las libertades de credo u opinión en tanto que simplemente el juramneto es un parámetro de vinculación a un actuar correcto. Admitir que la prestación del juramento tiene la potencialidad de afectar las libertades de credo u opinión implicaría romper inválidamente el derecho de igualdad, máxime, cuando la vulneración del juramento genera consecuencias de orden penal vía configuración de llas conductas delictivas de falso testimonio o falsa denuncia.

En materia laboral también hubo espacio para generar el debate en torno a la procedencia de la objeción de conciencia; así, en la sentencia **T - 982 de 2001** la Corte resolvió un dilema planteado a una trabajadora a quien su patrono despidió por no haber estado dispuesta a laborar los días sábados, día en el cual según la fe que profesaba, no podía trabajar. La Corte dispuso el reintegro de la funcionaria con los siguientes argumentos:

“...observa la Sala que la medida afecta gravemente el derecho a la libertad religiosa de la accionante, pues se le impuso el siguiente dilema, gravoso en extremo, a Ana Chávez: debía escoger entre las reglas fijadas por su patrono y los imperativos de su Dios. O bien cumplía con su obligación laboral y trabajaba los sábados, desconociendo el mandato religioso en el que cree, o bien consagraba el día sábado al Señor, asumiendo las consecuencias que se derivarían del incumplimiento de sus obligaciones laborales. La firmeza de las creencias que profesa la llevaron a optar por obedecer a su Dios.

“También advierte la Sala que la limitación es grave si se tiene en cuenta que desconoce un ámbito de protección específicamente contemplado por la Constitución, a saber, exigir a alguien que realice actos en contra de su conciencia (artículo 18, C.P.)” (Sentencia T-982 de 2001)

La Corte concluyó en ese caso que la afectación al derecho de libertad de conciencia, vía ejercicio de libertad religiosa es de la mayor gravedad en la medida en que el cumplimiento del deber laboral era perfectamente viable a través de mecanismos que no afectarían el derecho en cita vía test de proporcionalidad por lo cual concedió la tutela deprecada.

Siguiendo en el ámbito laboral se tiene el caso en el cual una entidad pública, a través de sus directivas, conminaba a los funcionarios a la participación obligatoria en ceremonias religiosas. A este caso se dio resolución judicial en la sentencia **T-332 de 2004** y allí la Corte definió la conciencia como una expresión de la dignidad humana que debe ser entendida como *“la propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta; como el conocimiento interior del bien y del mal o el conocimiento exacto o reflexivo de las cosas. Es la conciencia la que da sentido y valor a los actos de la persona; la que permite al individuo distinguir racionalmente la licitud o ilicitud de sus actuaciones, de conformidad con los parámetros que guían el obrar humano”* (Corte Constitucional, Sentencia T-332 de 2004)

Respecto de la relación entre el derecho a la libertad de conciencia y la libertad religiosa y la posibilidad de objetar conciencia so pretexto del ejercicio de la segunda la Corte consideró:

“... a la luz de la actual Constitución, la libertad religiosa es simultáneamente una “permisión y una prerrogativa. Como permisión significa que el hombre no puede ser obligado a actuar contra su creer y su sentir. Como prerrogativa, que nadie puede impedirle obrar de acuerdo con sus creencias y sentimientos”, siempre y cuando el ejercicio del derecho se ajuste a los límites constitucionales y legales correspondientes.

“Por lo tanto, las entidades oficiales no podrán imponer a sus funcionarios la asistencia obligatoria a ceremonias religiosas, por nobles que sean sus ideales. De hacerlo, el Estado estará vulnerando los derechos a la libertad religiosa y de cultos que contempla la Carta Política” (Sentencia T-332 de 2004).

En materia del derecho a la salud, la Corte en la sentencia **T – 823 de 2002** analizó el tema de la *“objeción médica o sanitaria”* según la cual los profesionales de la medicina pueden rehusarse a intervenir en una operación o tratamiento clínico cuando las circunstancias fácticas que rodean el tratamiento atentan contra los dictados de la recta razón que regulan el comportamiento médico. En aquella oportunidad la Corte sostuvo generó un aporte nuevo en la construcción de la actual línea jurisprudencial al exponer que la libertad de conciencia y su manifestación especial como objeción de la misma, en su dimensión de derecho fundamental, no es un derecho absoluto.

Así, la Corte consideró que las objeciones de conciencia, cualquiera que esta sea, al no ser un derecho absoluto admite limitación por la necesidad de cumplir deberes relativos los cuales se entienden deben ser cumplidos en la medida en que no tienen la entidad suficiente para afectar, denegar u omitir injustamente el ejercicio de derechos fundamentales. En el caso específico de la

sentencia en Cita la Corte consideró que el artículo 4° del Decreto 3380 de 1981 es legítimo en tanto en aquellos eventos en los cuales el paciente se rehusa a acatar las instrucciones médicas le es dable al profesional de la medicina negarse a seguir adelante con tratamientos médicos y, así mismo, ya por vía jurisprudencial, le es permitido al médico rehusarse a dar continuidad a un tratamiento médico que considere según los criterios propios de su profesión o especialidad, es decir, según los lineamientos propios de su *lex artis* no producirá efectos alguno en la mejoría del paciente. La Corte arriba a esta conclusión toda vez que considera que el médico al verse obligado a seguir tratamientos en los eventos en los que sus instrucciones no son acatadas por el paciente o en los eventos en los que no ve trazas de prosperidad al tratamiento más que una conducta inútil comporta una afrenta a la integridad moral y profesional del médico como persona y de la profesión de la medicina en sí misma considerada.

Naturalmente, estas formas excepcionales pero legítimas de apartarse del deber de cumplir con el juramento hipocrático no están amparadas en los eventos de urgencia toda vez que en estos eventos se está ante eventos objetivos de demanda de atención médica.

Ahora bien, quizá en una de las providencias más emblemáticas en la historia del control constitucional independiente en Colombia se emitió la sentencia **C- 355 de 2006** en donde la Corte Constitucional despenalizó en tres escenarios concretos la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo sin que ello configurara el delito de abortar y, en punto de lo que es materia de investigación, analizó la procedibilidad de la objeción de conciencia de los médicos en el caso del aborto. En este pronunciamiento consideró:

“...la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera

que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Estrechamente relacionado con el anterior pronunciamiento y con el núcleo del presente trabajo, es pertinente citar la sentencia de tutela **T-388 de 2009** donde la Corte hizo valioso aportes argumentativos para el entendimiento y solución del problema jurídico al que el presente estudio pretende dar respuesta.

En dicha sentencia la Corte dictaminó la imposibilidad que existe para las autoridades judiciales, de escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su consideración.

Según la Corte el ejercicio de la objeción de conciencia es legítimo como derecho pero del todo inaceptable en tratándose de funcionarios judiciales toda vez que admitirlo comportaría la

creación de una vía habilitante de vulneración y desconocimiento de los postulados de los artículos 2º y 6º de la Constitución Política. Considera la Corte que hay una vulneración de la cláusula segunda superior en la medida en que dentro del rango de clasificación de servidores públicos a aquellos que les asiste función judicial se les encarga constitucionalmente de los deberes de mayor valor en el desarrollo de la vida republicana; en efecto menciona la Corte:

“Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 2º y 6º de la Constitución Nacional. De conformidad con el primero:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009)

En lo atinente a la cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 6º de la Constitución Política la Corte analiza como el deber del funcionario judicial es siempre velar por el pleno cumplimiento del ordenamiento jurídico y la materialización de los

derechos de los asociados. Cita la Corte:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

“Cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e, incluso, cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente”. (Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009)

De cara al análisis angular de la función judicial en el Estado Social y Democrático de Derecho la Corte sí reconoce la existencia del derecho a objetar conciencia de los funcionarios judiciales pero en su dimensión personal mas no funcional toda vez que como cualquier ciudadano pueden ejercer la totalidad de sus derechos constitucionalmente consagrados, empero, en su calidad de funcionarios judiciales es su deber estricto cumplir y hacer cumplir las normas que en su conjunto conforman el ordenamiento jurídico. Al respecto menciona la Corte:

“En efecto, cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución-, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio-, de manera que no le es dable con base en

convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho.” (Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009)

Colofón del análisis actual se tiene que la Corte arriba a una conclusión demoledora de las razones por las cuales no es admisible la objeción de conciencia en su ámbito funcional a los jueces: de poder objetar conciencia más que en el ejercicio de un derecho estarían entrando en el campo de la denegación de justicia y por esta vía en el desquiciamiento del sistema de administración de justicia y todo so pretexto del ejercicio de un derecho fundamental y subjetivo en cabeza del funcionario judicial.

“Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia.

“Aparece claro, entonces, que quien voluntariamente resuelve convertirse en miembro de la rama judicial debe dejar de lado sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones y ha de aplicar la normatividad vigente. Otra

cosa sucede cuando estas personas obran en la esfera privada, por cuanto en ese ámbito la Constitución Nacional les reconoce la plena posibilidad de obrar de conformidad con los mandatos de su conciencia y les asegura que ello tendrá lugar sin intromisiones inadmisibles por parte del Estado o de particulares”. (Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009)

Con todo, y si bien la Corte no lo expone en su providencia, puede sintetizarse que la preocupación de la Corte es que finalmente de admitir la procedencia de la objeción de conciencia por parte de los funcionarios judiciales se estaría en la realidad dando un mayor peso a los derechos subjetivos de los jueces que respecto de aquellos a quienes asiste la necesidad de acudir por ante el aparato jurisdiccional pues, finalmente, el ejercicio de la objeción de conciencia daría al juez el ejercicio de su derecho pero a las partes en conflicto y que recurren ante él por su poder jurisdiccional se les mantendría en situación irresoluta y por esta vía en abandono estatal de una de sus principales funciones.

Finalmente se considera oportuno hacer referencia a la sentencia de Tutela de diciembre 15 de 2015 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia ,Sentencia de Tutela de diciembre 15 de 2015) en la cual se resolvió la acción incoada por un docente que invocó el derecho de objeción de conciencia para abstenerse de participar como jurado en la jornada electoral del 25 de septiembre de 2015 por considerar que dicha participación iba en contra de su convicción personal según la cual el sistema democrático actual era inviable.

Con todo, si bien el análisis de este trabajo se centra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, existe una providencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia que es

de especial relevancia en la medida en que, en primer lugar, es de las pocas providencias que este órgano judicial ha expedido abordando este tema y, en segundo lugar, se explaya en el análisis del tema para concluir de forma idéntica a como lo ha hecho la Corte Constitucional y con lo cual se puede concluir que a nivel de los órganos judiciales de cierre hay unidad de criterio. En efecto, en la providencia en mención la Corte Suprema refiere que no toda resistencia a un contexto normativo habilita *per se* el legítimo apartamiento de ese deber en la medida en que el derecho de objetar conciencia debe ser analizado en un complejo escenario en donde también figura el análisis del orden jurídico, del deber ciudadano e institucional y el respeto a los derechos de los demás. Así, como se anotó, de manera puntual y concreta la Corte Suprema de Justicia recopila brevemente la tendencia actual de la línea jurisprudencial constitucional reafirmando por esta vía dichos criterios.

Así, la Corte Suprema habla de que la objeción nace de la real contradicción entre un postulado subjetivo y un mandato normativo que se da en dos sedes a saber: la primera y principal cuando el mandato subjetivo ordena no hacer algo que el precepto normativo ordena y dos cuando el mandato subjetivo ordena hacer aquello que el precepto normativo prohíbe.

Igualmente, la Corte Suprema analiza tres formas de superar dicha contradicción entre el mandato subjetivo (de orden moral generalmente) y el mandato normativo, así:

*“Existen formas tradicionales y frecuentes de resolver esa contradicción: a) el ordenamiento jurídico libera al sujeto, por vía de excepción, del cumplimiento de la obligación general; b) se permite al obligado realizar una actividad sustitutiva no opuesta a su conciencia y **c) el renuente se niega a cumplir la norma y se atiene a las consecuencias desfavorables de su decisión**”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

“La objeción de conciencia, en un sentido propio, se presenta cuando el sujeto se encuentra ante la disyuntiva de abandonar sus más firmes convicciones o exponerse a las sanciones jurídicas, debido a la ausencia de una excepción normativa o porque existiendo la posibilidad de cumplir una obligación sustitutiva esta es igual de opuesta a sus creencias”.(Corte Suprema de justicia, Sentencia de Tutela de diciembre 15 de 2015)

Continuando con el análisis de esta providencia, se tiene que la Corte Suprema revalida los ámbitos de ejercicio del derecho de objeción de conciencia como los desarrolló la Corte Constitucional en los términos ya expuestos; en efecto, en sede de recapitulación la Suprema, en cita de la Corte Constitucional, menciona:

“2.2. Condiciones para el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia.

“La jurisprudencia constitucional ha descartado todos los casos en que el sujeto manifiesta, en abstracto, una mera opinión o desacuerdo con la forma en que el legislador ha regulado imperativamente una conducta, ya sea porque considera que el asunto debería quedar en el ámbito de la libre decisión personal o porque se podría adoptar una normatividad más progresista, conservadora o de otro tipo.

“En ese orden, la Corte ha reiterado que las convicciones involucradas deben ser “profundas, sinceras, continuas y exteriorizadas” pues, “no puede tratarse de convicciones o de creencias que tan solo estén en el fuero interno y vivan allí, que no trasciendan a la acción”. Esto significa que el objetor de conciencia debe acreditar, siquiera sumariamente, que cumple dichos requerimientos pues, las manifestaciones de tales creencias, en la mayoría de los casos, ocurren en un contexto restringido y

particular de socialización.

“Adicionalmente, cuando está involucrado un deber constitucional o los derechos fundamentales de otras personas, el juez constitucional debe ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia (T-388 de 2009) o evaluar la naturaleza de la labor encargada en relación con el interés general y la ausencia de una exigencia irrazonable o desproporcionada” (T 075-1995)

Finalizado el ejercicio de reiteración de criterio la Corte Suprema se remite al caso *sub-exámine* para exponer las razones por las cuales el simple disenso con los términos de funcionamiento actual del sistema democrático no es causa suficiente para amparar el deseo del accionante de que se le permita apartarse del deber de cumplir con su función como jurado electoral; así entonces define la Corte el problema jurídico del caso analizado:

“Sin duda, la exigencia de ese deber causó en el accionante algún tipo de malestar, sin embargo, aunque se aceptara la sinceridad y profundidad de la convicción expuesta, su objeción no es susceptible de amparo constitucional porque la obligación de todos los ciudadanos de colaborar en la realización de elecciones o actos de democracia participativa constituye una carga mínima que debe soportar toda persona seleccionada para cumplir esa tarea, salvo, por supuesto, salvo, por supuesto, que el Legislador disponga lo contrario o el interesado acredite que se le ocasionaría una aflicción irracional o desproporcionada que no está en la obligación de soportar. Ninguna de esas hipótesis de excepción se evidencian en el plenario”.

“La objeción de conciencia en contra del principio democrático, enunciada en forma genérica y sustentada en la ficción del derecho natural precontractual, es una

conjetura inaceptable como argumento jurídico válido en el marco de los modernos Estados de derecho.

“Esa tesis, de ser aceptada, conduciría, sin límite alguno, al reconocimiento de la insumisión hacia otras normas jurídicas de orden constitucional y legal que regulan asuntos del poder público, penales, disciplinarios, civiles, laborales y tributarios, entre muchos otros, cuya fuente de legitimación proviene del principio democrático y la democracia constitucional” (T 075-1995).

Así, a manera de conclusión general del recuento jurisprudencial realizado, es dable señalar que aún cuando en un primer momento (Corte Constitucional, Sentencias T-409 de 1992, C-511 de 1994, T-363 de 1995 y C-561 de 1995) la Corte Constitucional no adscribió a la objeción de conciencia la calidad de derecho fundamental de aplicación directa, con posterioridad le reconoció tal condición en diferentes ámbitos (servicio militar, asuntos laborales, temas de salud, etc.), circunscribiendo su aplicación a personas naturales y negando su procedencia a las autoridades judiciales por considerar que *“quien voluntariamente resuelve convertirse en miembro de la rama judicial debe dejar de lado sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones y ha de aplicar la normatividad vigente”* (Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009)

1.2.2. Límites generales y especiales del derecho fundamental a la objeción de conciencia.

El derecho internacional de los derechos humanos ha admitido la posibilidad de limitar los derechos de libertad de conciencia y de religión en ciertos eventos, los artículos 18-3 del Pacto

de Derechos Civiles y Políticos y 12-3 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescriben que *“La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”*. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 18-3)

En esta misma línea, el artículo 4 de la Ley 133 de 1994, por la cual se desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos, establece la posibilidad de limitar este derecho cuando sea necesario para: *“la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público, protegido por la ley en una sociedad democrática”*. (Ley 133 , 1994)

La anterior normatividad devela que siendo la objeción de conciencia un derecho subjetivo fundamental de carácter individual, es común que su ejercicio genere conflictos o choques con derechos de terceras personas por la interacción y convivencia que a diario tiene el ser humano con otras personas, razón de más para reiterar que, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional, la objeción de conciencia al igual que los demás derechos fundamentales no es absoluto (Respecto del reconocimiento hecho por la Corte respecto de que no existen derechos fundamentales absolutos véase, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias T-747 de 2015, C-511 de 2013, C-435 de 2013, C-592 de 2012, C-830 de 2010 y T-493 de 2010.)

En la sentencia T-332 de 2004 la Corte estableció que la libertad de conciencia de la cual emerge el derecho a la objeción de conciencia, efectivamente y como lo establece la Ley, no es absoluta y encuentra entre otros los siguientes límites:

“Dado que no existen derechos absolutos, el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia está condicionado, en los términos del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. (Corte Constitucional, Sentencia T-332 de 2004)

En este mismo sentido en la providencia C-728 de 2009 la Corte prescribió que *“Al paso que la jurisprudencia ha ido definiendo los perfiles del derecho a la objeción de conciencia, se ha establecido que el mismo no es ilimitado, sino que, por el contrario, puede verse sometido a restricciones, “(...) pues, de lo contrario, no sería factible adoptar medidas vinculantes para las personas asociadas”. (Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2009)*

En esa oportunidad la Corte sostuvo que, como históricamente lo ha hecho, la llamada a superar el conflicto entre el legítimo ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y la trascendencia social del deber jurídico a ser acatado por el ahora objetor es la ponderación; en efecto, la Corte hace alusión a que, de una parte, en valoración del ejercicio de la objeción de conciencia como derecho debe tenerse en cuenta la naturaleza del reparo de conciencia del objetor, la seriedad con la que asume el fundamento de su objeción, el grado de afectación que se puede dar en ese u otros derechos para el objetor en caso de verse obligado a desconocer su subjetivo criterio para dar prelación al deber jurídico a ser acatado, etc; en otras palabras, debe valorarse a profundidad el grado de afectación que el acatamiento del deber jurídico puede causar al principio de autodeterminación de la persona. Ahora bien, en punto de la valoración de la relevancia y trascendencia del deber jurídico desconocido so pretexto del ejercicio de la objeción de conciencia la Corte en la providencia en cita sugiere salidas alternativas que

permitan armonizar el pleno ejercicio de la autodeterminación de la persona vía aplicación de la objeción de conciencia con el cumplimiento de los fines y objetivos del deber jurídico a ser acatado; para ello propone dos alternativas: la primera referente al ámbito subjetivo del objetor y la segunda referente al ámbito funcional del deber jurídico. En lo referente al ámbito del objetor la Corte demanda que se analice la posibilidad de que dicho deber jurídico sea ejecutado por un servidor que no tenga reparos de conciencia en dar cumplimiento al mismo, y en lo referente al ámbito funcional la Corte propone que se evalúe la posibilidad de reasignar los deberes funcionales adscritos al servidor inicialmente objetor para que estos no guarden contradicción alguna con los principios y valores que forjan en su conjunto su propia concepción de sí mismo, es decir, que no contravengan su principio de autonomía y autodeterminación de conciencia.

Lo anterior lo analiza la Corte en un doble supuesto de contradicción: el primero, como se anotó, hace referencia al conflicto directo entre las creencias, convicciones y valores del servidor objetor con el deber funcional propio de su relación especial de sujeción. El segundo, de mayor relevancia constitucional, hace referencia al conflicto propio de derechos; por una parte el derecho de libertad de conciencia del servidor público versus los derechos de los terceros que se ven afectados con la no ejecución del deber funcional del primero. En este segundo escenario la Corte reafirma su criterio referente a la necesidad de establecer límites al ejercicio de los derechos, justamente en reiteración y reconocimiento que los mismos no son absolutos, y naturalmente evaluando cada caso en concreto sin perder de vista la máxima de que el interés general prima sobre el particular razón por la cual, puede concluirse, deben estar suficientemente acreditadas las condiciones de máxima y especial afectación a la persona del servidor público como para habilitar la preeminencia de su derecho sobre los derechos de las terceras personas que se encuentran comprometidos vía ejecución del deber funcional ya mencionado.

Más recientemente en la sentencia de tutela T-603 de 2012 referente al clásico ejemplo de objeción de conciencia como fundamento de negación a la prestación del servicio militar obligatorio el Tribunal Constitucional abordó el tema de la relatividad del derecho fundamental de objeción de conciencia en los siguientes términos:

“...En este punto, vale la pena reiterar que, como ejercicio de un derecho fundamental, la objeción de conciencia podría ser limitada por razones vinculadas al orden público, a la tranquilidad, a la salubridad y a la seguridad. Se trata entonces de una tensión entre un deber y un derecho, siendo relevante determinar cómo armonizarla con los mandatos constitucionales. Para liberarla, esta Corporación ha sido clara en indicar que se requieren ejercicios de ponderación de la libertad de conciencia con los deberes jurídicos que tienen las personas, para concluir que, eventualmente, a la luz de las circunstancias de cada caso, éstos pueden prevalecer sobre aquella”.

“Este ejercicio de ponderación, en todo caso relacionado con el hecho de que las limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental no pueden ser acérrimas ni arbitrarias, tendría que tener en cuenta, de un lado, la índole o el origen de la censura individual frente al deber objetado, la responsabilidad con que es asumido y la consecuente afectación al sujeto en caso de no acatar los mandatos de sus convicciones. Lo anterior, por otro lado, tendría que compararse con la transcendencia del deber jurídico que se pretende inobservar y las circunstancias en las que tal obligación se desarrollaría”. (Corte Constitucional. Sentencia T-603 de 2012)

Es de resaltar que en la sentencia citada, en punto del abordaje del caso específico del servicio militar obligatorio, la Corte puntualiza de manera muy adecuada cuáles son los términos del conflicto que derivan del ejercicio del derecho de la objeción de conciencia: la tensión entre un derecho y un deber en donde la regla general sería el natural respeto por el mandato de realización y optimización (Lopera, 2004) del derecho fundamental y la excepción a dicha regla se daría en aquellos eventos en los cuales deba darse prevalencia a los deberes producto del ejercicio de ponderación.

Un ejemplo con evidente fuerza demostrativa de aquellos eventos en los cuales el producto del ejercicio de ponderación arroja como resultado la prelación del deber funcional por encima del ámbito subjetivo del derecho de libertad de conciencia vía objeción de la misma se da en el caso de los funcionarios judiciales dada la naturaleza de las relaciones especiales de sujeción a que se encuentran sujetos estos servidores públicos ya que por la trascendencia social de sus decisiones como agentes del Estado y por el hecho de ser los llamados constitucionalmente a generar los espacios de reconocimiento y garantía de los derechos de los asociados no se admite de ninguna forma el ejercicio de la objeción de conciencia ya que la materialización del derecho del funcionario no puede tornarse en nugatorio de los derechos de los usuarios de la administración de justicia.

Por otra parte, doctrinariamente se ha considerado que *“existen unos límites generales de los derechos fundamentales, es decir para todos, por el standard general de estos y las relaciones generales de sujeción a que están sometidos los ciudadanos del común y en contrapunto, existen unos límites especiales para determinadas personas que se encuentran en una relación especial de sujeción, dado el standar especial de sus derechos fundamentales, caso de los funcionarios públicos, cuyos derechos y libertades están limitados de manera amplia por la Constitución y de*

manera particular por los estatutos disciplinarios consagrados en la ley” (Forero, 2011). Lo anterior es un ejemplo de los eventos en los cuales el sacrificio desproporcionado del deber so pretexto del ejercicio del derecho de desacato al ordenamiento jurídico por razones de conciencia pueden dar lugar a que el servidor objetor se vea incurso en algunos regímenes de responsabilidad como, en el evento citado, responsabilidad disciplinaria.

Así pues, a manera de síntesis se debe señalar, que dado el carácter relativo del derecho fundamental de objeción de conciencia, cuando su aplicación afecte derechos de terceras personas o necesidades propias del orden público, la tranquilidad, la salubridad o la seguridad colectivas, se debe acudir en primera medida al principio de armonización concreta (Fue desarrollado de la siguiente manera en la sentencia de Tutela T – 588 de 1998: “En la educación, se pueden identificar políticas y acciones indispensables para la adecuada formación física, intelectual y moral de los educandos, cuya exoneración por razones religiosas pondría en serio peligro o afectaría gravemente el cumplimiento de objetivos enderezados en esa dirección. Ahora, si los mismos objetivos pueden obtenerse a través de medios y procedimientos que eliminan las bases de la objeción de conciencia o religiosa que pueda elevarse contra determinada práctica escolar, el principio constitucional de armonización concreta le daría su aval a la solución que permitiera el simultáneo ejercicio de los derechos en aparente conflicto, el cual se superaría conservando la meta didáctica pero modificando o ajustando el método ideado para alcanzarla. Si por el contrario, la política o la acción se estiman necesarias para el desarrollo integral del discente y el medio de ejecución objetivamente insustituible, las posibilidades de armonización concreta se reducen, especialmente por la necesidad de optar por el mejor interés del educando menor de edad, en cuyo caso se alejarían las posibilidades de que en este tipo de situaciones pueda tener precedencia la libertad religiosa o la objeción de conciencia planteadas.

En este último contexto, cobra toda su importancia la libertad de enseñanza que se manifiesta en la creación de centros educativos basados en ciertas concepciones de orden espiritual o religioso y que les permiten a los padres escoger el tipo de educación más adecuada para sus hijos”).

Determinando la existencia de procedimientos o formas alternativas de ejecución del deber u obligación impuesto en la norma jurídica que elimine las bases de la objeción de conciencia permitiendo el ejercicio simultáneo de los derechos en aparente conflicto.

En el caso de que no fuera posible la aplicación del principio de armonización concreta, ha dispuesto la Corte Constitucional que se debe acudir a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, para de esta manera determinar cuál de ellos debe prevalecer dadas las circunstancias fácticas de cada caso concreto.

2. TÍTULO II. Las relaciones especiales de sujeción y su incidencia sobre el Derecho

Fundamental de objeción de conciencia

2.1. Relaciones especiales de sujeción: Análisis del estado de necesidad como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria

2.1.1. Determinación conceptual: Relaciones generales y especiales de sujeción

Ha señalado un sector de la doctrina que las relaciones generales de sujeción se predicen del vínculo existente entre el Estado y los habitantes de su territorio, una relación con respecto a *“todos los individuos por tener la condición de tales, y estar sujetos al poder del imperio del Estado, sin que su aplicación esté determinada por vínculos estrechos con la administración que*

permitan una relación de subordinación acentuada que admite la aplicación de ciertas garantías fundamentales en forma disminuida” (Hernández, 2011)

Así, es claro que siempre se hablará de la existencia de una relación general de sujeción como forma de explicar la facultad legal y legítima bajo la cual el Estado regula la dinámica social y, a su vez, al conglomerado social en general le surge el deber de acatar el ordenamiento jurídico emitido por el Estado y sujetarse (de allí la expresión) al mismo; dicha relación general de sujeción comporta, entonces, el vínculo que se da entre el Estado y los asociados en punto de comprender y justificar el deber de acatamiento de estos últimos de las directrices, órdenes y guías del primero.

En la misma línea, Gómez Pavajeau señala que “las relaciones generales de sujeción ya no implican un vínculo especial entre una persona y el Estado, sino un vínculo entre todos y el Estado; es, por ejemplo, lo que sucede con el derecho penal. El derecho penal responde al concepto de relaciones generales de sujeción, porque si se mira el Código Penal, la inmensa mayoría de los tipos penales son figuras delictivas de sujeto activo indeterminado: es decir que puede cometer el delito cualquier persona, en tanto las relaciones generales de sujeción, tienen en principio un carácter general”. (Gómez C. , 2007)

Ahora bien, el hablar de relaciones generales de sujeción comporta, necesariamente, entender que por antonomasia debe existir una relación especial de sujeción y, en un juego de expresiones opuestas el entender las relaciones generales de sujeción en la forma antes enunciada implica, consecuentemente, que las relaciones especiales son vínculos de mayor firmeza y grado de responsabilidad para con el Estado; así entonces para José Rory Forero las relaciones especiales de sujeción son:

“Aquellos nexos o vínculos estrechos, duraderos y efectivos, que existen entre la Administración Pública y los servidores estatales, estos es, funcionarios y particulares que prestan funciones públicas en Colombia; dada su acentuada dependencia respecto de la misma; y en tanto relaciones jurídicas, flexibles, funcionales, juridificadas y constitucionalizadas, facultan a aquella en el marco de un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales y demandarles en caso de infracción, pero previa garantía de un debido proceso, la responsabilidad que su calidad conlleva, por inobservancia de los valores y principios derivados de la ética del servicio público, en aras de garantizar un fin preciso: la efectividad y excelencia de la administración” (Forero J. R., 2011).

Partiendo de las dos definiciones antes enunciadas debe mencionarse que con razón debe señalarse que en el cuerpo clausular que compone la Constitución Política no hay ninguna referencia expresa al concepto de relaciones generales y especiales de sujeción por lo cual su existencia ha sido extraída, particularmente en lo atinente a las relaciones especiales, del artículo sexto superior; En efecto, en este sentido Roa Salguero señala:

“Sin embargo, dando lectura al artículo 6° superior nos encontramos con algunos ingredientes que permiten establecer que, conforme a las diversas responsabilidades que posee el servidor público respecto de los particulares, aquel está cobijado por una condición que le exige un comportamiento adecuado a su órbita funcional.

“Entonces, es en el artículo 6° de nuestra Constitución Política donde se establece de manera implícita una vinculación especial de los servidores públicos en general para

con el Estado, en cuya virtud aquellos quedan sujetos a una relación especial de subordinación respecto de éste” (Roa, 2010)

La anterior cita es de especial relevancia teniendo en cuenta que el artículo sexto constitucional es conocido como la cláusula de responsabilidad jurídica en la medida en que comprende los límites de responsabilidad tanto del particular como del servidor público. En efecto, dicho artículo superior enuncia:

“ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Como puede verse, si bien dicha norma constitucional no menciona con las denominaciones de relaciones generales y especiales de sujeción a los deberes y límites de responsabilidad de particulares y servidores públicos sí hace alusión al establecimiento de unos límites concretos en uno y otro caso; así, entonces, para los particulares se les hace responsables por la violación de la Constitución y de las leyes en tanto que en el caso de los servidores públicos deberán responder no solo por la vulneración de la Constitución Política y de las leyes sino por las omisiones y extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones.

Lo anterior es de angular importancia en la medida en que para la cabal comprensión del concepto referente a las relaciones de sujeción el artículo sexto superior permite desde ya vislumbrar un escenario de la mayor relevancia para el desarrollo del presente trabajo: La redacción misma de la norma constitucional citada en concordancia con la idea del autor citado permite comprender que las relaciones generales de sujeción son entre el Estado y los particulares y se dan con ocasión del vínculo que genera el deber de respeto y acatamiento a la

Constitución y a la Ley en tanto que las relaciones especiales de sujeción se dan entre el Estado y los servidores públicos en la medida en que el Estado materializa sus fines mismos a través de la labor de los servidores públicos, es decir, a través de la función pública con lo cual los servidores públicos deben, con mayor razón, ser modelos de respeto y acatamiento a la Constitución y a la Ley pero también les es exigible un respeto pleno a su propio marco funcional por lo cual les hace inmersos en regímenes de responsabilidad el hecho de que omitan sus funciones – porque ello significa que en esa medida el Estado está dejando de hacer lo que debe hacer – o que se extralimiten en el ejercicio de las mismas – porque ello comporta el abuso de poder de quien funcionalmente materializa los fines y deberes del Estado.

Lo anterior permite comprender, a su vez, las razones por las cuales el artículo 122 superior en sus primeras líneas consagra:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben....”

La explicación se da en la medida en que al partir de un marco de regulación funcional por la cláusula de resposanbilidad jurídica del artículo sexto superior la norma antes transcrita desarrolla aún más dicha regulación al perfeccionar el marco funcional de la regulación especial de sujeción al establecer que todo cargo o empleo público debe tener sus funciones detalladas, precisamente, como parámetro determinador que establezca cómo el Estado a través de cada uno

de sus funcionarios (servidores públicos) materializa sus fines y objetivos y, a la vez, cuándo dicho servidor está omitiendo o extralimitando su actuación en el ejercicio de sus funciones.

Así mismo, por idénticas razones a las antes expuestas, dicho marco de regulación normativa constitucional, en punto de las relaciones especiales de sujeción, se ve complementado con el artículo 90 superior referente a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado así:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”

En efecto, el artículo 90 citado en su parte inicial no hace cosa distinta que desarrollar un marco de responsabilidad – el patrimonial – cuando el servidor público – agente del Estado – con ocasión de su conducta omisiva o por acción de manera concreta genera un perjuicio patrimonial que deriva en un daño antijurídico.(Debe, sin embargo, precisarse que la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional puede darse no solo por omisión o extralimitación funcional indebida de los servidores públicos entendidos como agentes del Estado sino también por actuaciones que siendo del giro ordinario de sus actividades deriven en dicho daño antijurídico razón por la cual el citado artículo 90 hace alusión a la exigencia específica de que la conducta del agente del Estado deba ser dolosa o gravemente culposa para que se genere el marco de responsabilidad patrimonial allí establecido. Al respecto ver Ley 678 de 2001)

Así entonces, delineando la diferenciación conceptual con raigambre constitucional entre relaciones generales y especiales de sujeción, debe decirse que para Gómez Pavajeau:

“...entre el servidor público y el Estado, con el acto de aceptación del cargo y la toma de posesión, se genera un vínculo especial de particulares connotaciones, a través del cual se imponen cargas superiores a aquellas a las cuales están sometidas las personas que no tienen vínculo alguno con la Administración Pública, que de alguna manera implican el recorte de ciertas libertades en pos de la neutralidad, objetividad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad pública” (Gómez C. A.)

Agrega Pavajeau, que a partir del artículo 6 de la Constitución Política surge un grado diferenciador de responsabilidad entre la correspondiente a los particulares y que es propia de los servidores públicos. Frente a éstos últimos surgen las relaciones especiales de sujeción:

“... en las cuales el núcleo de lo antijurídico es la infracción a un deber, puesto que el objeto de regulación es la conducta vista independientemente de la interferencia en los derechos de los demás. Lo anterior implica un especial vínculo entre el Estado y la persona, dado por el derecho de la función pública o los estatutos disciplinarios de ciertas profesiones intervenidas oficialmente (...) Así las cosas, el concepto relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis (sic) la estructura de la responsabilidad disciplinaria” (Gómez C. A., La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario , 2003).

Con base en lo anterior, y a modo de colofón, claro queda entonces que la relación especial de sujeción es la relación que se da entre el Estado y el servidor público con ocasión de la asunción de funciones públicas por parte de este último y como forma de desarrollar los fines y objetivos del primero que genera limitaciones y marcos de responsabilidad a la persona natural que asume dicha calidad de servidor público.

2.1.2. La necesidad de salvar un derecho propio o ajeno o “Estado de necesidad disciplinario” como causal excluyente de culpabilidad.

El derecho disciplinario es, después del derecho penal, el régimen sancionatorio de mayor gravedad al cual puede verse afecto una persona, sin embargo, a diferencia del régimen penal creado para que cualquier persona sea destinataria del mismo se tiene que el régimen de responsabilidad disciplinaria sólo aplica para quienes desempeñen funciones públicas y, por esta vía, por regla general a quienes ostentan la calidad de servidores públicos.

Así, la totalidad de los principios que en su conjunto dan cuerpo al derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 superior aplican no solo al derecho penal sino al derecho disciplinario y, así mismo, producto del desarrollo de los principios básicos de un modelo de Estado social y democrático de derecho están proscritas las formas de responsabilidad objetiva por lo cual, al igual que en el régimen penal, en el régimen de responsabilidad disciplinaria se consagran una serie de eventos en los cuales se entiende hay exclusión de la responsabilidad disciplinaria.

Así, en relación con las causales agrupadas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único, la doctrina ha considerado que mientras unas eliminan la conducta, otras excluyen la ilicitud del comportamiento y otras desvirtúan la existencia de culpabilidad. (El proyecto de ley 55 de 2014 Senado y 195 Cámara “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el Derecho Disciplinario”, regula en el artículo 32 las causales de exclusión de responsabilidad dentro de las cuales, la causal cuarta del actual artículo 28 del CDU no sufre ninguna variación.

Artículo 32. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando la conducta se realice:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad”).

En efecto, un sector de la doctrina que analiza a modo de parangón los regímenes de responsabilidad penal y disciplinaria analiza en qué consiste cada una de las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria y qué elemento constitutivo de la falta es la que se elimina de cara, justamente, a excluir dicha forma de responsabilidad. Así, Para Esiquio Manuel Sánchez Herrera dichas causales del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 implican:

“Cada una de las causales excluye una determinada categoría dogmática de la falta: la fuerza mayor y el caso fortuito eliminan la existencia de la conducta relevante disciplinariamente; el estricto cumplimiento de un deber funcional constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, excluye el ilícito disciplinario; si el deber no es funcional sino por ejemplo personal y entra en colisión con el funcional, el reconocimiento de la causal excluye la culpabilidad por eliminar la exigibilidad de comportamiento diverso; la orden legítima excluye el ilícito; la colisión derecho funcional versus deber funcional excluye el ilícito; si en esta colisión el derecho es personal frente a un deber funcional, podría presentarse una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de comportamiento diverso; la insuperable coacción ajena, puede ser excluyente de la conducta cuando la fuerza que se ejerce sobre el agente es absoluta, o causal de inculpabilidad cuando la fuerza que se impone sobre el coaccionado es moral; el miedo insuperable podría dar lugar a excluir la conducta, ser causal de inimputabilidad o de inculpabilidad; y el error de hecho y de derecho, también son causales de inculpabilidad (Sánchez, 2007).

En la misma línea doctrinal, el Ex – Procurador General de la Nación Alejandro Ordóñez Maldonado explica:

“...el legislador agrupó las causales relacionadas con la justificación de la conducta y las de inculpabilidad, denominándolas como causales de ausencia o exclusión de responsabilidad (...) De las causales de justificación, también llamadas objetivas por un sector de la doctrina, puede afirmarse que convierten la conducta antijurídica en jurídica, mientras que lo propio de las causales de inculpabilidad, es que la conducta conserva su carácter típico y antijurídico, pero se hace inculpable y, por ende, se

exonera a su autor de responsabilidad (...) En este sentido y bajo el epígrafe de causales de exclusión de responsabilidad, la norma legal analizada regula siete (7) situaciones que corresponden a causales de justificación y de inculpabilidad. Las primeras, como se dijo, eliminan la antijuridicidad de la conducta (justificación), mientras que las segundas, pese a la configuración del ilícito disciplinario, desvirtúan el reproche del mismo (culpabilidad)” (Maldonado, 2009).

Partiendo de lo anterior, y de cara al análisis de este trabajo de investigación, hay una causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria que guarda relación con el conflicto que es dable suscitarse entre un derecho propio del servidor público con el ámbito funcional bajo lineamientos de proporcionalidad; dicha causal está reglada en el numeral 4° de la Ley 734 de 2002.

Dicho numeral 4 del artículo 28 del Código Disciplinario Único al excluir la existencia de responsabilidad disciplinaria cuando la conducta se ha ejecutado: *“Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad”*, hace inexigible en las circunstancias concretas del caso, el cumplimiento del deber funcional vulnerado, razón por la cual, adquiriría la forma de una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de comportamiento diverso. En efecto, la causal, como se enunció, propone un choque que se da entre la necesidad de proteger un derecho frente a la exigencia de cumplimiento del deber funcional para lo cual la causal misma exige que se agoten los presupuestos del test de proporcionalidad y razonabilidad para determinar bajo lineamientos constitucionales las razones por las cuales es eminente prelación la necesidad de protección del derecho sobre la obligación funcional del cumplimiento del deber con lo cual, en estricto sentido, al ser una causal que excluye la culpabilidad se tiene que sí hay ilícito disciplinario en sentido sustantivo empero no se hace exigible un reproche del mismo toda vez que dentro de los

lineamientos dogmáticos de la responsabilidad disciplinaria sólo se es responsable por las conductas dolosas o culposas que impliquen, naturalmente, la pluralidad de cursos de actuación; efectivamente, la causal enunciada elimina la responsabilidad disciplinaria en la medida en que necesariamente la decisión de proteger un derecho es consciente y voluntaria con lo cual se acreditarían los elementos básicos del dolo (elementos cognoscitivo y volitivo) pero no hay posibilidad de exigir bajo formas jurídicamente válidas que el inculcado hubiese desplegado una conducta diversa, justamente, porque la protección del derecho era la única forma conductual lo cual, a las voces del artículo 13 de la Ley 734 de 2002, implicaría la imposibilidad de generar a partir de dicha actuación responsabilidad disciplinaria. (El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 habla de la culpabilidad y establece la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, así como la culpabilidad bajo formas de dolo y culpa con lo cual sólo hay responsabilidad si el inculcado tiene varias formas conductuales como posibilidades con lo cual es perfectamente predicable el reproche por exigibilidad de conducta diversa)

Ahora bien, no basta con la configuración de un conflicto entre un derecho y un deber funcional sino que la solución a dicha tensión se decante por la protección del derecho no por arbitrio del titular sino porque constitucionalmente tiene prelación la protección del derecho que el cumplimiento del deber. Esta situación implica varias circunstancias a tener en cuenta: En primer lugar, se menciona que la primacía del derecho sobre el deber funcional no debe ser caprichoso sino constitucionalmente admisible en la medida en que el texto mismo de la causal habla de que dicha protección del derecho se dé bajo lineamientos de proporcionalidad y razonabilidad. Como es bien sabido los tests de proporcionalidad y de razonabilidad son algunas de las herramientas de hermenéutica constitucional vigentes en aquellos Estados que, como Colombia, cuentan con control constitucional, difuso y concentrado y, concreto y abstracto;

esto necesariamente debe ser así en la medida en que no cualquier tensión entre derechos y deberes funcionales habilita el desconocimiento de este último para priorizar la protección del primero; ello sólo es así cuando el derecho es de la mayor entidad y, como se ha manifestado, cuando constitucionalmente se arroje como resultado que el perjuicio es mayor cuando se dé cumplimiento al deber funcional en desmedro del derecho del que se trate.

En consecuencia, la aplicación del test de proporcionalidad y de razonabilidad, siguiendo a Luis Prieto Sanchís, se considera que en un sistema jurídico se presentan antinomias o contradicciones cuando se aplican consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, *“es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente”* (Sanchiz, 2010) así, se considera que el Legislador nacional consciente de que dichas antinomias también se pueden presentar cuando el cumplimiento de un deber a través del cual se desarrolla la función pública, entra en conflicto con un derecho propio o ajeno, estableció que si el servidor público privilegia el derecho propio o ajeno sobre el cumplimiento del deber funcional, habrá lugar a la exclusión de responsabilidad disciplinaria si la conducta era necesaria, adecuada, proporcional y razonable en el escenario fáctico del caso (Artículo 28 numeral 4 ley 734 de 2002).

Prieto Sanchís señala que el procedimiento o modo a través del cual se resuelve el conflicto generador de antinomias se le denomina ponderación. Lo propio ha sostenido la Corte Constitucional Colombiana que en la sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002 conceptuó:

“...Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se

concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto...”

Como lo precisó la Corte, la ponderación de intereses o derechos en conflicto se realiza a través de un juicio de proporcionalidad, circunstancia por la cual se considera necesario hacer remisión a éste para conceptualizar los parámetros dispuestos por el Legislador para determinar la viabilidad o no, de dar por probada la causal de exclusión de responsabilidad regulada en el numeral 4 del artículo 28 de la ley 734 de 2002.

El principio de proporcionalidad se compone de tres sub principios que toda intervención en los derechos fundamentales debe observar para ser considerada constitucionalmente legítima: sub principio de idoneidad o adecuación, sub principio de necesidad y sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.

La doctrina ha definido estos principios de la siguiente manera:

“Idoneidad: según este sub principio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

“Necesidad: según este sub principio, toda intervención es los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.

“Proporcionalidad en sentido estricto: según este sub principio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general”. (Pulido, 2005)

La Corte Constitucional en la sentencia C – 934 de 2013 definió el contenido de los sub principios así:

*“La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su **‘idoneidad’** para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); **necesidad**, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y **proporcionalidad en sentido estricto**, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad”.*

Para finalizar, la razonabilidad de la que habla el numeral 4º del artículo 28 de la ley 734 de 2002 ha sido relacionada por la Corte Constitucional en la sentencia C – 530 de 1993 así:

“un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad”. En otras palabras, se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios “pro-libertatis” y “pro-homine”, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano”.

Ahora bien, al margen de las anteriores consideraciones constitucionales se tiene que el numeral 4° del artículo 28 de la ley 734 de 2002, naturalmente, también ha sido objeto de análisis en la doctrina de la Procuraduría General de la Nación; así, La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial en fallo de segunda instancia de junio 2 de 2011 expedido dentro del expediente disciplinario IUS 55093-2008 (143-170364-2008) consideró:

1.- Frente a la causal cuarta (4ª) de exclusión de responsabilidad disciplinaria establecida en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002 “Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad”, el acusado se fundamenta en la mala situación económica por la que había atravesado con su familia, dentro del periodo que estuvo desempleado y adquirió deudas en el año que le antecedió al ejercicio del cargo de Secretario de Circuito; es preciso recordar que, al haber efectuado diferentes retiros, en distintos días y meses, esto es, el 13, 19 y 31 de octubre; 4, 10, 20 y 28 de noviembre; 5 y 14 de diciembre para cubrir gastos personales, entraña el

grado de intencionalidad y conocimiento del proceder ilícito que voluntariamente cometía.

*Dicha causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, se configura “...cuando entran en conflicto **deberes con derechos inherentes a la función pública**, caso en el cual la regulación del asunto está en el ámbito del ilícito; pero, cuando el conflicto **involucra un derecho que no tiene vinculación al cargo o a la función pública**, sea este propio o ajeno, el tratamiento debe realizarse en el plano de la culpabilidad, como causal de inexigibilidad de otra conducta.*

No es plausible...que el servidor público, movido por el ejercicio de derechos fundamentales como ciudadano, sin tener en cuenta el cargo o función, vulnere el cumplimiento de sus deberes oficiales, como lo es el acatamiento de la ley, y proceda a desbordar su esfera funcional.” (Subraya la Delegada).

Obsérvese que el conflicto económico aducido por el recurrente como excluyente de su responsabilidad era del resorte personal, no inherente a la función pública que le correspondía desplegar, pues para que se configure dicha causal debe existir un derecho funcional propio o ajeno que prevalezca y se enfrente a un deber funcional.

Además, en este caso el disciplinable fuera de encontrarse inmerso en una situación de índole personal, debía afrontarla en forma directa.

La comentada causal “...enfrenta al actor a una situación de peligro para un bien legítimamente protegido, el cual sólo es posible salvar lesionando otro bien jurídico.

*De esa definición se extraen algunos elementos entre los cuales se destacan: **el***

peligro para un bien jurídico, el conocimiento de ese peligro por parte del autor; lo cual excluye situaciones de peligro subjetivo...además el peligro debe ser grave, extremo, actual o inminente. Se requiere, por otra parte, que el actor no sea quien haya desatado el peligro y que no tenga el deber jurídico de afrontarlo (El Despacho subraya).

A manera de ejemplo, la inminente y grave situación de peligro a la que pudo haberse avocado el inculpado no aparece demostrada en el plenario, pues el problema económico aducido no respondía a los referidos parámetros, no se trataba de un deber funcional sino de una situación personal y familiar desatada por él mismo; por tanto, no aplica a su situación personal la comentada causal de exclusión de responsabilidad aducida en su favor.

La providencia en cita es de especial importancia en la medida en que delimita e interpreta la causal 4º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002. Hay que resaltar que en materia disciplinaria la Procuraduría General de la Nación es autoridad plena toda vez que es órgano de cierre en este asunto, máxime, cuando goza de “poder preferente” facultad ésta bajo la cual puede, si así lo considera, conocer de procesos disciplinarios que de ordinario adelantan las oficinas de control interno disciplinario con lo cual se pone de presente la relevancia del criterio allí expresado.

Así, siguiendo en esta línea, la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa en fallo de segunda instancia de febrero 5 de 2013 expedido dentro del expediente disciplinario IUS 2011-387239- IUC-D- 2012-99455306 consideró:

“Lo ateniendo de que la actuación reprochada a la disciplinada, estuvo motivado por salvar un derecho propio o ajeno al cual debía ceder el cumplimiento del deber, en

razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, se precisa que para que se configure esta causal deben cumplirse los siguientes requisitos:

a.- Debe existir un derecho funcional propio o ajeno que se enfrenta a un deber funcional

b.- El derecho funcional debe prevalecer sobre el deber funcional

c.- Para Resolver la colisión se debe acudir a la necesidad, adecuación, proporcionalidad y la razonabilidad. Criterios que servirán como raseros de objetividad en la solicitud del caso.

d- El requisito subjetivo que hace referencia al conocimiento del servidor público de que actúa sacrificando un deber para salvar un derecho funcional.

Esta causal esta referida a la colisión de derecho funcional y el deber funcional, sin embargo, en el presente caso no se encuentra indicado cuál es el derecho funcional, comprometido, para poder determinar su prevalecía sobre el deber sacrificado y revisado el catálogo de derechos funcionales previstos en el artículo 33 de la Ley 734 de 2002, no se observa que hubiera sido afectado alguno de estos derechos de la implicada o de un tercero al incumplir el deber objeto de reproche en estas diligencias. Sin estar dados los elementos esenciales para que se configure esta causal, se considera innecesario el análisis de los demás requisitos. Así las cosas, no es posible aceptar el argumento de la defensa, pues no están dados los presupuestos legales para que se configure la referida causal.”

Como puede verse, esta segunda providencia citada reafirma y profundiza en la caracterización de la causal 4° de exclusión de responsabilidad disciplinaria efectuada en la providencia ya citada de 2011; en efecto, en desarrollo y continuación de esa línea doctrinal la Procuraduría establece un listado de cuatro requisitos que en su conjunto configuran la causal pluricitada en donde el primero de ellos refiere a la tensión o confrontación que debe darse entre el derecho y el deber funcional. Si bien puede pensarse en un primer momento que este primer requisito es obvio es claro que la Procuraduría decanta el alcance de la causal analizada en el sentido de que no cualquier afectación de un derecho puede fungir como causa eficiente del desconocimiento de un deber funcional; efectivamente, el enfrentamiento entre el derecho y el deber debe ser de tal entidad que válidamente proponga un conflicto decisional entre la protección del derecho en menoscabo del deber o el cumplimiento del deber funcional en detrimento del derecho.

El segundo requisito comporta la plena prelación de la protección del derecho por encima del deber funcional. En efecto, no de otra forma puede ser esto en la medida en que el cumplimiento del deber aún en sacrificio del derecho no implicaría juicio de reproche disciplinario y por esta vía inane sería cualquier discusión acerca de la responsabilidad disciplinaria de una falta nunca cometida; por contrario, cuando se opta por dar prevalencia al derecho sobre el deber se está ante una conducta desconocedora, justamente, del deber que configura una relación especial de sujeción lo que prima facie implica la comisión de una falta disciplinaria y, por esta vía, el análisis de la concurrencia de la causal de exclusión de responsabilidad mencionada.

El tercer requisito reafirma el deber de argumentación bajo técnica de proporcionalidad y de razonabilidad de las razones por las cuales la defensa del derecho prima sobre el deber de

cumplir con la función pública que corresponda. Es claro que aun tratándose de un derecho propio el arbitrio, el capricho o la valoración subjetiva no son razón efectiva y suficiente para que de forma legítima se avale el incumplimiento del deber funcional por lo cual deberá acreditarse en términos constitucionales, y por medio de las herramientas hermenéuticas anotadas, el grado de afectación, menoscabo y perjuicio que sufriría el derecho en el caso de sacrificarse en nombre del cumplimiento del deber funcional. Tal y como la misma providencia lo menciona lo que se busca es contar con criterios objetivos que permitan ver la indefectible necesidad de que el cumplimiento del deber ceda ante la necesidad de protección del derecho involucrado.

Finalmente, y en cuarto lugar, se hace una necesaria exigencia de conocimiento del servidor público de que su actuación comporta un apartamiento del deber de cumplir con su función asignada so pretexto de la protección del derecho. Como se mencionó al inicio del análisis de esta figura se considera que la naturaleza exculpatoria de la causal 4° del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 no permite la configuración de la culpabilidad justamente porque el servidor público sabe, conoce, comprende y acepta que está dejando de lado su obligación de dar cumplimiento a un deber funcional, empero, lo hace producto de un acto merecedor de reproche disciplinario sino por la necesidad de protección del derecho propio o ajeno del que se trate, es decir, porque no tiene alternativas conductuales y, por esta vía, no es dable el desarrollo de un juicio de reproche al servidor público producto de la exigibilidad de conducta diversa.

En efecto, de no conocer el servidor público que está dejando de cumplir con su deber funcional y no ser consciente de ello ya no se hablaría de que la exculpación de responsabilidad disciplinaria sería por vía de la inculpabilidad sino producto, por ejemplo, de un error y así ya no

sería la causal 4° pluricitada la que fungiría como excluyente de responsabilidad disciplinaria sino otra distinta, verbigracia, la causal 6°. (Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002)

Puntualizado como está con el anterior análisis la postura concreta de la Procuraduría General de la Nación en punto de las características de la causal 4° de exclusión de responsabilidad disciplinaria, se tiene que en el periodo 2009-2016 la entidad mencionada sostuvo una firme posición institucional frente a la aplicabilidad del numeral 4° del artículo 28 del CDU en casos de objeción de conciencia de conformidad con las políticas imperantes en dicho lapso lideradas por el entonces Procurador General de la Nación Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado quien en su obra “Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud” menciona:

“Conforme al artículo 18 Superior, nadie será obligado a actuar contra su conciencia, lo que implica que, en primer lugar, la objeción de conciencia es un verdadero derecho fundamental reconocido expresamente en la Carta y, en segundo lugar, que aun tratándose de deberes funcionalmente exigibles de un agente del Estado, éste puede legítimamente anteponer sus convicciones para sustraerse al cumplimiento de aquellas obligaciones o deberes incompatibles con su moral”.

“La objeción de conciencia puede entenderse entonces como un derecho que faculta al individuo a apartarse de un mandato contenido en el orden positivo, basado en una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otras de la misma naturaleza. Es pues, la incompatibilidad entre el deber exigido jurídicamente y las convicciones del ciudadano funcionario y no la naturaleza de dichas convicciones, lo que justifica la exención de cumplir con aquellas”.

“La objeción de conciencia surge de la tensión jurídica entre dos situaciones contrapuestas que no pueden pervivir o coexistir. La afirmación de una de ellas implica el sacrificio de la otra. El cumplimiento de un deber legal o reglamentario, representa la lesión de las convicciones del agente estatal, que, en ausencia de un medio jurídico que le exonere de cumplir con ese deber, no tiene opción distinta de la de anteponer sus razones de conciencia para apartarse de una exigencia funcional que para él resulta inadmisibile”. (Público, 2009)

Con lo anterior, puede decirse que el órgano rector disciplinario por excelencia reconoce en la objeción de conciencia varias situaciones que son de angular relevancia para tener en cuenta en punto de la incidencia que pueda tener la misma en una eventual responsabilidad disciplinaria o exclusión de la misma.

Efectivamente, parte el autor citado de reconocer la naturaleza de derecho fundamental que tiene la objeción de conciencia con lo cual, de entrada, al tratarse del más alto nivel en la categorización jurídica de los derechos es claro que el conflicto entre la objeción de conciencia en la dimensión citada y un deber funcional propone un conflicto de naturaleza constitucional que a todas luces se adscribe a ser resuelto en los términos que la causal 4° de exclusión de responsabilidad disciplinaria exige: bajo lineamientos de proporcionalidad y razonabilidad.

Por otro lado, dicho criterio permite denotar la innegable prelación que tiene la protección del derecho frente al cumplimiento del deber funcional en la medida en que, como allí mismo se reconoce, se carece de un medio jurídico que exonere o releve el cumplimiento de dicho deber con lo cual es claro que se actualiza el escenario previsto por la causal 4° analizada: la falta

disciplinaria por el incumplimiento en estricto sentido existe pero, a la vez, se da la configuración de una causal que excluye la responsabilidad disciplinaria.

2.2. Un análisis de las relaciones especiales de sujeción a partir de la Doctrina de la Procuraduría y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su incidencia en la objeción de conciencia

2.2.1. Las relaciones especiales de sujeción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En vigencia del anterior régimen legal disciplinario consagrado en la Ley 200 de 1995, en la sentencia C-244 de 1996, la Corte Constitucional hizo una primera aproximación al concepto de relación especial de sujeción como fundamento de la potestad disciplinaria. En aquella oportunidad señaló:

“... la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo”.

Ese mismo año, en la sentencia C-280 de 1996 la Corte desarrolló con mayor profundidad el concepto de relación especial de sujeción, considerando que:

“En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el "régimen disciplinario cubre a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (subrayas no originales)".

“Este ámbito de aplicación de la ley disciplinaria se explica porque la posición del servidor público en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado”.

Con las dos providencias últimas citadas se tiene que la Corte Constitucional reconoce que la relación especial de sujeción se da, inicialmente, en el marco del artículo 6º superior en lo referente exclusivamente con los servidores públicos toda vez que son ellos, dice la Corte, el “ente físico que actualiza la tarea del Estado” con lo cual, de contera, se generan de forma legítima medios de exigencia del cumplimiento de las tareas que les invisten como servidores públicos como lo es el establecimiento del régimen disciplinario habida cuenta que esa relación se da, por excelencia, en virtud de un vínculo laboral que a la postre es el medio que habilita a la persona natural para el desarrollo de la función pública de que se trate.

Con posterioridad, en la sentencia C-708 de 1999 la Corte abandonó la primigenia fundamentación de la relación especial de sujeción referida a una relación laboral de subordinación, para estructurarla así:

“la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública” (Negrilla fuera de texto).

La variación de criterio del año 99 con la cita antes efectuada comporta un cambio radical en la comprensión del concepto y alcance de la relación especial de sujeción ya que al abandonar la concepción de dicho vínculo originado exclusivamente en la relación laboral extendió de manera muy significativa el real alcance de lo que es la relación especial que es perfectamente exigible de particulares que ejercen función pública y por esta vía materializan fines propios del Estado pero sin que medie como relación con el mismo relación laboral alguna; en efecto, este viraje de criterio tuvo un doble impacto muy significativo en la redefinición de lo que implica el desarrollo de labores que por su naturaleza comportan el ejercicio de función pública.

Primero, al desligar el concepto de la relación especial de sujeción del vínculo laboral la Corte generó un criterio jurisprudencial materialmente compatible con la conceptualización de servidor público que constitucionalmente se define desde el artículo 123 superior y subsiguientes y que a todas luces no es explicable únicamente en virtud de una relación laboral y, en segundo lugar, este giro jurisprudencial fungió como base dogmática de los alcances de

regulación de la potestad disciplinaria de lo que posteriormente sería la Ley 734 de 2002 que tiene un nivel de cobertura mucho mayor al que reglaba la Ley 200 de 1995.

Esta nueva fundamentación de las relaciones especiales de sujeción en la relación jurídica que surge del ejercicio de una función pública fue ratificada en la sentencia C-948 de 2002 y de igual forma en la sentencia C - 450 de 2003 en donde la Corte expuso:

“la atribución de función pública genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado y ese vínculo determina no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado”.

La anterior cita es relevante en la medida en que se avanza jurisprudencialmente aún más en la concepción perfeccionada de lo que es una relación especial de sujeción toda vez que al ahora comprender ese vínculo entre el Estado y una persona a partir de la ejecución y desarrollo de una función pública se abre la puerta para que dentro de dicho concepto de relación especial tengan cabida ciertos particulares: aquellos que, precisamente, ejercen función pública de manera permanente o transitoria materializando este criterio la reglamentación que está contenida en el artículo 124 superior.

Especial importancia cobra la sentencia C-252 de 2003 que pone en evidencia el segundo pilar de las relaciones especiales de sujeción: *“la cláusula general de libertad”*, cláusula que adquiere gran relevancia como referente a análisis en el caso materia del presente trabajo de grado. Por lo anterior se considera conveniente citar *in extenso*, los acápites más relevantes de dicho fallo:

“En una democracia constitucional impera una cláusula general de libertad. Esa es una clara opción política que traduce una visión del hombre y del ámbito de interferencia que recíprocamente se le reconoce al Estado. Desde luego, ésta no es la única alternativa con que han contado las sociedades para afincar los cimientos de su organización política y jurídica pues históricamente ha concurrido también la posibilidad de concebir al hombre como un ser incapaz de trazar su propio destino y, por lo mismo, como un ser urgido de una paternal conducción para la determinación de sus patrones de vida.

*“Indistintamente de la opción que se elija, lo cierto es que una vez institucionalizada una de ellas, esa sociedad debe sobrellevar sus consecuencias: **Asumir a la persona humana como un ser racional y libre plantea el difícil reto de formarla y educarla con el más alto sentido de responsabilidad pues sólo así, cuando llegue el momento de tomar sus propias decisiones, será capaz de elegir sus propias opciones vitales y de hacerlo teniendo en cuenta su valía como persona pero también considerando la dignidad de los demás como seres igualmente racionales y libres.** Y tomar a la persona humana como un ser incapaz de trazar su propio destino impone aceptar un modelo de organización en el que se le reconoce como un ser ontológicamente limitado, **privado de la posibilidad de elegir sus propias opciones vitales y susceptible de ser conducido por el sendero de las conveniencias públicas;** alternativa ésta que, si bien exonera de la difícil responsabilidad formativa y educativa de las personas y asegura el desenvolvimiento mecánico de la vida social, lo hace **al alto precio de cosificar al ser humano.***

“En tal contexto, si al delinear los cimientos de la organización política se ha optado

por una cláusula general de libertad como fundamento, **no hay alternativa diferente a la de reconocerle a la persona humana la facultad de desplegar libremente su personalidad sin más limitaciones que las impuestas por el reconocimiento de los demás como seres dignos y, en consecuencia, libres.** De allí que la cláusula general de libertad se conciba de tal manera que promueva un punto de equilibrio entre el despliegue de las propias potencialidades de cada ser humano y el reconocimiento de los espacios necesarios para la realización de las demás personas como seres titulares de los mismos atributos. Por ello, de la misma manera como esa cláusula afina una concepción del hombre como un ser racional, capaz de desplegar su propia libertad, afirma también el espacio que a cada quien le está vedado invadir pues sólo sobre la base de esos recíprocos ámbitos de no interferencia y de mutuo respecto es posible fomentar la convivencia pacífica.

“Al optar por la cláusula general de libertad como fundamento de la organización política, de manera correlativa se determina el ámbito legítimo de interferencia estatal sobre las personas. Esto es así en cuanto la intervención institucionalizada en la vida de los seres humanos deberá hacerse sin desconocer la afirmación de la libertad como principio y, por lo tanto, sin desvirtuarla como un límite infranqueable. Desde luego, es posible que el ejercicio del poder se extienda de tal manera que se termine por restringir el ámbito de vigencia de esa cláusula de libertad pero entonces el aparato estatal estará renegando de sus fundamentos libertarios y afirmando su cariz autoritario. Esta tentación se vence si las instituciones admiten que les está permitido convertirse en promotoras de la convivencia social y de la realización de los seres humanos pero sin desconocer la dignidad que a ellos les es intrínseca.

“Lo expuesto es particularmente relevante cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, ya sea en el ámbito del derecho penal, del derecho contravencional, del derecho disciplinario, del derecho correccional o de las actuaciones por indignidad política, pues el ejercicio de esa potestad sólo será legítimo si no se desconocen los fundamentos de la imputación que se infieren de la cláusula general de libertad. (Sentencia C-252 de 2003)

“De la misma manera, el legislador sólo puede tipificar como conductas relevantes en el ámbito disciplinario aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas. También aquí es claro que la instancia parlamentaria está habilitada para delinear el régimen disciplinario; no obstante, su potestad está limitada por ese fundamento constitucional del ilícito disciplinario.

“Es decir, el Estado está compelido a ejercer su poder de manera armónica con la cláusula general de libertad o, lo que es lo mismo, sin desconocer el efecto vinculante de la Carta Política como conjunto armónico de principios para la regulación de la vida social”. (Sentencia C-252 de 2003)

La anterior cita jurisprudencial es de angular importancia para el desarrollo del presente trabajo, como ya se anotó, en la medida en que obliga dimensionar el ejercicio de las potestades disciplinarias naturalmente en un contexto del deber de acatar y cumplir con las obligaciones que el ejercicio de la función pública comporta, empero, sin desconocer los más básicos fundamentos de la dimensión filosófica de la persona humana; en efecto, al mejor estilo Kantiano (Se hace referencia a Kant en la medida en que el mismo es autor de la postulación de las tesis antropocentristas al propender la concepción del hombre como un fin en sí mismo y no

como instrumentalización de fines de terceros, entre ellos, del Estado) el modelo de Estado que nos rige obliga siempre partir del reconocimiento del ejercicio de la libertad de las personas, incluyendo a aquellas que funjan como servidores públicos, como un acto propio, subjetivo e íntimo de autodefinición y autodeterminación con lo cual la cláusula de libertad demanda el reconocimiento en dos matices distintos: En primer lugar, reconocer el deber del Estado de respetar el límite a intervenir en la autodefinición de las personas en virtud, justamente, de la forma como legítimamente desarrollen y ejerzan su fundamental derecho de libertad en la medida en que, en palabras de la Corte, “...tomar a la persona humana como un ser incapaz de trazar su propio destino impone aceptar un modelo de organización en el que se le reconoce como un ser ontológicamente limitado, **privado de la posibilidad de elegir sus propias opciones vitales y susceptible de ser conducido por el sendero de las conveniencias públicas**; alternativa ésta que, si bien exonera de la difícil responsabilidad formativa y educativa de las personas y asegura el desenvolvimiento mecánico de la vida social, lo hace **al alto precio de cosificar al ser humano.**”

En segundo lugar, y quizá lo más sensible para efectos de esta investigación: la responsabilidad que implica para cada persona el ejercicio del derecho de libertad en virtud de la cláusula que lo contiene. Efectivamente, el desempeño de funciones públicas por regla general comporta la asunción voluntaria de dichas responsabilidades por parte de quien asume el papel de servidor público con lo cual, en el marco pleno de dicha responsabilidad, voluntaria y conscientemente está asumiendo el compromiso de cumplir con el deber funcional que su investidura demanda para lo cual deberá valorar ex – ante el eventual conflicto, legítimo por demás como ya se ha visto, entre sus más profundas e íntimas convicciones personalísimas y el la obligación de dar cumplimiento al deber funcional que en pro de la consecución de fines

superiores y de contextualización de interés general implica el desempeño de la función pública.

2.2.2. Las relaciones especiales de sujeción en la doctrina de la Procuraduría General de la Nación

El Despacho del Procurador General de la Nación dentro del radicado 2009-215383, en fallo de única instancia de enero 28 de 2011, precisó que:

“el derecho disciplinario descansa sobre un pilar fundamental, las relaciones especiales de sujeción, que no es otra cosa que la atadura de quien ostenta la calidad de servidor público con el Estado, lo que demanda de aquél cumplir con su deber funcional y abstenerse de extralimitarse u omitir el acatamiento de sus deberes”

(Procuraduría General de la Nación,

<http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.fronternd.component.pagefactory.PirelTemaPageFactory>). El mismo despacho bajo el

radicado IUS 2009-57515, en auto de fecha noviembre 18 de 2010, señaló:

“la acción disciplinaria se produce dentro de las llamadas relaciones especiales de sujeción que se dan entre la administración y el funcionario en el ámbito de la función pública y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo, la buena marcha y buen nombre de la administración pública”.

Nótese que el criterio doctrinal de la Procuraduría se acompasa con el criterio actual de la jurisprudencia constitucional en la medida en que reconoce que las facultades y poderes

disciplinarios derivan de las relaciones especiales de sujeción y, a su vez, están derivadas de la relación que hay entre el disciplinado y el Estado en virtud del desempeño de funciones públicas.

La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa en fallo de febrero 18 de 2011 dentro de la radicación N°: 094-004600-07 precisó frente al tema:

“Sea lo primero indicar que la condición de servidor público implica una serie de obligaciones, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, que se deben hacer valer en todo momento, para poder lograr los propósitos fundamentales del Estado, plasmados en especial en el artículo 2° de la Constitución Política, aun cuando se pueden encontrar estatuidos a lo largo de todo su articulado, cuales son servir a la comunidad, velar por el logro de los altos cometidos del Estado, y hacer prevalecer los intereses generales por encima de los particulares o los de determinados sectores o grupos.

“No se debe olvidar que el derecho disciplinario no se inclina especialmente por valorar el resultado que deriva de la irregularidad disciplinaria, sino que atiende más a establecer la afectación que ha sufrido el servicio o la función encomendada, en tanto es deber, obligación y responsabilidad del Estado, garantizar que las funciones y los servicios públicos se presten de manera adecuada, eficiente, imparcial, objetiva, bajo parámetros de igualdad, sin favoritismos, con apego a la Constitución y a la ley.

“Lo anterior se encuentra unido de manera indisoluble al comportamiento que deben observar los servidores públicos. De allí nace el vínculo que los une a la administración pública, por el cual se crea una relación especial de sujeción, que permite como contrapartida, exigirles un buen comportamiento, y en caso de no

observarlo, pueden ser materia de reproche y de sanción por tales situaciones, vínculo del cual están advertidos y cuyo compromiso sellan formalmente al momento de tomar posesión del cargo” (Nacion P. G.

http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/print.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.ConsultaPirelComponentPageFactory&letra=R&palabra_clave=&action=consultar_tesauro&total_results=7800&max_results=50&first_result=2600).

De la anterior cita se extrae, justamente, la segunda dimensión de la cláusula de libertad antes valorada en la medida en que la Procuraduría reconoce que el deber de cumplir cabal y fielmente con las obligaciones funcionales deriva, en gran medida, del compromiso que adquieren libremente quienes asumen las responsabilidades propias del servicio público y que se cristalizan en el momento mismo de la toma de posesión del cargo.

La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa en fallo de segunda instancia de mayo 15 de 2013 expedido dentro del IUS 2011- 156360 IUC 2011-79-390176, en torno a las relaciones especiales de sujeción manifestó:

“No debe olvidarse, igualmente, que la servidora pública por su condición debe observar en desarrollo de la actividad que le ha sido asignada un comportamiento determinado por la constitución política, la ley o el reglamento; ello por la figura jurídica y categoría dogmática propia del derecho disciplinario –las relaciones especiales de sujeción-, relaciones especiales de sujeción que se crean cuando una persona ingresa como servidor público. Relaciones especiales de sujeción que son “...aquellas relaciones jurídico-públicas en las cuales una persona física por la

especial posición en que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de esta, se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa del común de los ciudadanos”.

“Por ello el funcionario en una relación especial de sujeción, recibe un tratamiento distinto y más intenso que el común de los ciudadanos, en cuanto al refuerzo de sus deberes, prohibiciones, obligaciones funcionales, tanto así que se le exige un comportamiento determinado y generalmente diferente al de cualquier persona”

(Nación,

<http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frente.nd.component.pagefactory.PirelTemaPageFactory.>).

Con lo anterior, la Procuraduría en desarrollo de su postura doctrinal no hace cosa distinta que diferenciar de forma legítima el tratamiento que se da en punto de reproche al particular respecto del servidor público o, en otras palabras, el grado de diferenciación que hay entre las relaciones generales y las especiales de sujeción en donde estas últimas exacerban el deber de diligencia, compromiso y responsabilidad con que se cumple la Ley y la Constitución y se mantiene el orden funcional al no omitir ni extralimitar el ejercicio funcional tal y como se regula desde la cláusula de responsabilidad jurídica del artículo 6º superior.

Finalmente la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en fallo de marzo 26 de 2015 dentro del radicado 161-5599 (IUS 008-167463-2007) en relación con las relaciones especiales de sujeción consideró:

“Ahora bien, en lo atinente a la responsabilidad de los servidores públicos, es la misma Constitución Política que en su artículo 6º, establece que deben responder ante las autoridades tanto por la violación de la Constitución Política y la Ley, como por las omisiones o la extralimitación en ejercicio de sus funciones; esta mayor exigencia al funcionario público deviene de la relación especial de sujeción en la que se encuentra frente al Estado.

“De cara al asunto que ocupa la atención de la Sala, al tenor de lo dispuesto tanto en el artículo 2 como en los artículos 11, 16, 209, 217 y 218 de la Constitución Nacional no puede desconocerse que se impone tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional el deber jurídico que los convierte en los garantes de los derechos de los habitantes del territorio nacional, y que de allí nace entonces la obligación de proteger esos derechos y por lo tanto de desplegar una constante actividad en su defensa. Esto es lo que se conoce en materia disciplinaria y en concreto en materia de responsabilidad disciplinaria como relación especial de sujeción intensificada”.

Finalmente, debe hacerse especial énfasis en el hecho que al interior de la doctrina desarrollada por la Procuraduría se consagran o reconocen, si cabe la expresión, “niveles” de relaciones especiales de sujeción. En efecto, nótese que en la última cita efectuada el reproche disciplinario se enerva respecto de miembros de la fuerza pública con lo cual, y así expresamente se reconoce, si bien todo ejercicio de función pública comporta el deber de acatar y respetar los principios que rigen la misma en la Constitución Política es necesario reconocer que hay deberes funcionales que son de mayor importancia para el conglomerado social que otros; en efecto, en la providencia en cita la Procuraduría resalta como las responsabilidades de quienes ejercen sus deberes funcionales como miembros de la fuerza pública son de mayor relevancia que en

tratándose de otros servidores públicos en la medida en que en aquellos descansa el deber del Estado de dar garantía de materialidad a los derechos y garantías de los asociados.

2.2.3. Incidencia de las relaciones especiales de sujeción en el caso del derecho fundamental a la objeción de conciencia

En el presente trabajo de tesis se sostiene que en el ejercicio de un cargo público un servidor que considere que la ejecución de uno de los deberes funciones vinculados a su empleo se contrapone o resulta incompatible con sus convicciones morales, religiosas o filosóficas, no puede negarse al cumplimiento del mismo con base en el derecho fundamental a la objeción de conciencia, dada la existencia de las relaciones especiales de sujeción que surgen por el ejercicio de la función pública (Sentencia C-708 de 1999) y que se fundamentan en la cláusula general de libertad, determinando *“no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado”* (Sentencia C - 450 de 2003)

Como lo resaltó la Corte en la sentencia C-252 de 2003, en una democracia constitucional como la que surge de la Constitución Política de 1991, la cláusula general de libertad promueve un punto de equilibrio entre el despliegue de las potencialidades propias de cada ser humano reconocido como capaz de trazar su propio destino, como un ser racional y libre capaz de elegir sus propias opciones vitales y el reconocimiento de los espacios necesarios para la realización de las demás personas como seres titulares de los mismos atributos, siendo particularmente relevante cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, ejercicio que sólo

será legítimo si no se desconocen los fundamentos de la imputación que se infieren de la cláusula general de libertad.

En el caso de los servidores públicos, dicha cláusula general de la libertad se materializa tanto al momento de su vinculación, como durante su permanencia en el ejercicio del cargo. El funcionario se vincula de manera libre y voluntaria a la administración pública siendo consciente de las responsabilidades funcionales que dicha vinculación comporta y aceptándolas al asumir el cumplimiento de las mismas sin perjuicio de conservar la discrecionalidad de decidir cuándo apartarse del cumplimiento de sus deberes funcionales de forma legal y legítima como, por ejemplo, con la renuncia al ejercicio de su empleo.

El artículo segundo de la Constitución Política impone a las autoridades públicas una orientación finalística, instituyéndolas para proteger a todas las personas residentes en el país, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, orientación que, a la vez que determina el fundamento de su responsabilidad estructurada por el artículo sexto superior sobre el incumplimiento de la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, justifica la exigencia elevada por el artículo 122 Constitucional de prestar juramento de cumplir la Constitución y la Ley y desempeñar los deberes que le incumben como requisito previo a la posesión en el cargo (Sentencia C – 252 de 2003).

En esta línea expositiva, la persona que voluntariamente decide asumir la calidad de servidor público, libremente se obliga a cumplir la Constitución y la ley y a ponerse al servicio de los intereses generales, debiendo dejar de lado en el ejercicio de la función pública (no en su ámbito privado, cuando funge como particular y no como servidor público), las convicciones de

orden ideológico, religioso o moral que entren en conflicto con la normatividad vigente;

A la anterior conclusión llegó la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-388 de 2009, donde con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, consideró que las autoridades judiciales no pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o decidir un asunto puesto bajo su consideración *“pues ello supone desconocer el mandato establecido en el artículo 2º Superior de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”*

Para la Corte, cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial una de las consecuencias es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente ya que cuando se profiere un fallo el funcionario judicial *“no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución-, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio-, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado*

gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho”.

A manera de símil puede echarse mano de la consideraciones constitucionales expuestas por la Corte al analizar la procedencia o no de la titularidad de derechos fundamentales en cabeza de las personas jurídicas ya que allí concluyó que sí existe dicha titularidad siempre que no riña con la naturaleza jurídica del derecho en razón de su intersubjetividad, es decir, tienen derechos fundamentales que no riñan con su calidad jurídica y respecto de los cuales sea perfectamente posible su ejercicio como sería el caso del buen nombre, debido proceso o derecho de petición, entre otros; por contrario, su naturaleza jurídica no le permitiría ejercer derechos de eminente raigambre antropológico en la medida en que los mismos sólo pueden ser ejercidos por personas naturales y en virtud, obviamente, de esa misma calidad como ocurriría con la libertad de culto, de opinión, de credo o, incluso, la objeción de conciencia. (El Consejo de Estado en el mes de enero de 2017 dejó sin efectos el artículo 4 de la Circular 003 de 2013 de la Superintendencia de Salud y por medio de la cual regulaba la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en punto de que la objeción de conciencia sólo era procedente por personas naturales médicas en el entendido de que se dejaba por fuera del ejercicio de dicho derecho al personal administrativo y de asistencia médica)

Se cita brevemente lo anterior, y se reitera a manera de símil, con la posibilidad de que los servidores públicos ejerzan la libertad de conciencia en la medida en que más que por su naturaleza (el servidor público sigue siendo persona natural se halle o no en el ejercicio de sus funciones) la persona que adquiere la denominación de servidor público entra a ver como el ejercicio de todos sus derechos fundamentales se limitan en virtud de la trascendencia y relevancia social de su actividad, para él laboral pero para la sociedad constitutiva de actividad

estatal, en la medida en que su ámbito funcional tiene por objeto el bienestar general y de allí deriva la necesaria genuflexión de sus derechos individuales. En efecto, sus particularidades subjetivas como gustos, intereses, opiniones, etc. deben quedar restringidas al ámbito eminentemente personal toda vez que la naturaleza de sus funciones públicas, la representación que su actividad hace de la función estatal, el hecho de que su labor sea la forma como el Estado y sus instituciones busquen materializar sus fines y objetivos constitucionales y la relación sujeto – administración pública en virtud de la relación especial de sujeción no pueden ser límites, barreras o imposiciones a la comunidad en la cual se va a ver reflejado su ámbito funcional en su dimensión de actividad como servidor público.

Con todo, hasta este punto pueden observarse dos situaciones distintas que demandan expreso análisis en virtud del objeto de este trabajo de investigación: i). La confrontación intereses generales versus particulares del servidor público y ii). El límite de los derechos fundamentales del servidor público.

Respecto del primer punto debe mencionarse que en vigencia de un Estado cuyo modelo político-filosófico es social de derecho es indiscutible la actualidad del principio referente a que el interés general prima sobre el particular aunado al hecho del pleno respeto por la vigencia del ordenamiento jurídico; esto es de la mayor importancia en la medida en que se hace necesario un ejercicio de ponderación entre los derechos y garantías de los miembros de la comunidad cuya demanda de materialidad se hace a las instituciones estatales por una parte y los elementos que en su conjunto componen la subjetividad admisible del servidor público por otra. En efecto, la interacción que se da entre la comunidad y las instituciones estatales comportan el respeto por una pluralidad de derechos en la medida en que a la administración pública concurren los derechos fundamentales de las personas individualmente consideradas, los derechos sociales,

económicos y culturales de determinados grupos poblacionales y los derechos colectivos y del ambiente de la comunidad en general, es decir, en la interacción que existe entre la administración pública y la comunidad se ven involucrados una gama amplia de derechos y de todos los rangos constitucionalmente nominados; en contraposición, están los derechos individuales del servidor público que le determinan como persona pero en lo absoluto pueden ser guía de su ámbito funcional.

Por esta vía debe partirse de la necesidad de que la persona que aspira a ser servidor público conozca con suficiencia las funciones a desarrollar y el marco de las responsabilidades que el ejercicio de dichas funciones comporta a efecto de realizar una primera evaluación respecto de si son compatibles con sus más íntimas creencias y convicciones o, al menos, guardan una contraposición tolerable de tal manera que no implique ni un apartamiento del cumplimiento del deber funcional ni un sacrificio de su propia individualidad. Es justamente en este punto en donde es angular la relevancia de la cláusula de libertad ya que al tener todos los elementos de juicio acerca de su marco de funciones y responsabilidades la persona puede de manera legítima (libre, consciente y voluntariamente) decidir si asume o no el ejercicio de dicho ámbito funcional. No puede perderse de vista que cuando una persona acude por ante una institución estatal no lo hace de cara a buscar coincidir con la subjetividad del respectivo funcionario público sino de acuerdo al deber funcional de la respectiva entidad por lo cual, independientemente de su opinión política, identidad sexual, credo, gustos, etc. las personas van a coincidir en lo que buscan o demandan de la actividad de una determinada entidad pública; por esta vía, mal podría permitirse que el servidor público de la entidad pública sea diligente en la atención de las necesidades de las personas que guarden coincidencia con su propia subjetividad y se abstenga de atender a quienes difieren de su la misma so pretexto de objetar conciencia.

Así, el ejercicio de la función pública implica en términos principialistas el deber de despojarse o limitar la propia individualidad para dar paso a la prelación de la objetividad del ámbito funcional y, legalmente, a reconocer la vigencia de un régimen sancionatorio de tipo disciplinario para cuando se dé un apartamiento de dicho deber funcional.

En segundo lugar, se debe analizar con visión constitucional cuál es el límite de los derechos fundamentales del servidor público de cara a reconocer que el ejercicio de la función pública no implica *per se* la anulación de los derechos subjetivos de la persona a quien le asiste la calidad de servidor público. En efecto, el primer límite y quizá el que goza de mayor legitimidad es el que la propia persona reconoce y admite al aceptar el desempeño de una función pública regida por determinadas responsabilidades en el marco de un específico ámbito funcional y del cual sabe, conoce y acepta que su distanciamiento genera responsabilidad disciplinaria: la cláusula de libertad. En efecto, la persona de antemano conoce qué funciones va a desempeñar y por esta vía decide si acepta o no las mismas con lo cual admite que no puede pretender que tenga prelación su subjetividad sobre el ámbito funcional objetivo que el desempeño de un cargo público entraña.

Además, para nada la aceptación de la función pública implica la anulación o desaparición de los derechos fundamentales individuales de la persona a quien ahora le asiste la calidad de servidor público; ocurre que dichos derechos le acompañan justamente en el contexto de que son guía de su propia autodefinición como persona pero no pueden ser esgrimidos como superiores a su propio ámbito funcional en la medida en que se estaría individualizando la función pública, situación ésta totalmente inadmisibles. El ejercicio de derechos individuales debe abarcar sólo el rango de afección de la propia individualidad del titular del derecho tal y como lo sugiere la

redacción del numeral 1 del artículo 95 constitucional acerca de los límites de los derechos en general.

Lo anterior debe analizarse en el marco de la responsabilidad disciplinaria en la medida en que es la dimensión del derecho sancionador que se encarga de punir las faltas al ámbito funcional de los servidores públicos. En efecto, en dicho régimen de responsabilidad se sanciona, como ya se ha mencionado con anterioridad en la citación del artículo 6 superior, la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones que comportan una ilicitud sustancial frente al ámbito funcional de cada servidor público de cara, naturalmente, al vínculo surgido con ocasión de una especial relación de sujeción.

Así, lo que puede verse es un vacío normativo o jurisprudencial que ubique el estado del arte de la discusión en la frontera entre el ámbito funcional del servidor público y la necesidad de contar de forma legítima con el ejercicio de sus derechos individuales, máxime, cuando a los mismos les asiste la calidad de derechos fundamentales como lo es la objeción de conciencia toda vez que, como en los acápites anteriores se ha podido observar, en sede legislativa no ha habido escenario de regulación legal acerca del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en los términos reglados en el numeral 1 del artículo 152 de la Constitución Política lo cual ha derivado en que la regulación que existe al respecto en el caso colombiano se limite a la producción jurisprudencial; ahora bien, y en segundo lugar, la jurisprudencia igualmente ha sido muy coyuntural por lo cual los pronunciamientos respecto de este tema han sido en punto de resolución de casos específicos más no en punto del abordaje del tema como un todo.

En efecto, lo primero que debe mencionarse es que al ser el tratamiento de la objeción de conciencia un problema de ejercicio de derechos fundamentales no ha sido mayor la producción

jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ni del Consejo de Estado por lo cual casi todo el ámbito de regulación jurisprudencial ha recaído en la actividad de la Corte Constitucional; ahora bien, como se anotó, la jurisprudencia constitucional ha tenido una particularidad nociva para el tema en estudio: ha desarrollado sus posturas jurisprudenciales desde una vista eminentemente casuística lo cual ha derivado en que no se cuente con un real y afirmada dogmática constitucional acerca de la objeción de conciencia y con lo cual, de paso, no se cuenta con mayor criterio respecto a los casos de los servidores públicos y su eventual responsabilidad disciplinaria.

Con todo, los lineamientos que ha generado la jurisprudencia permiten ver que en punto de la colisión de principios que entraña el desempeño de una función pública con los más arraigados valores y principios de orden personal que conforman la facultad de autodefinición y autodeterminación de una persona prima la función pública; en efecto, nótese que la línea jurisprudencial que se afianza sobre la vigencia de la cláusula de libertad se reafirma en el criterio que maneja la Corte acerca de la procedencia de objetar conciencia en tratándose de la prestación del servicio militar obligatorio con base en dos muy fuertes y concatenadas razones de índole argumentativo: en primer lugar, de poder ejercerse la cláusula de libertad es claro que la manifestación primigenia sería la negativa del enrolado a la prestación del servicio, justamente, como una forma de privilegiar sus creencias, principios y valores que riñen con las finalidades de una actividad castrense; en segundo lugar, como justamente la cláusula de libertad no es una opción al determinarse en virtud de la libertad de configuración legislativa que la prestación del servicio militar es obligatorio es claro que se activa subsidiariamente la posibilidad de objetar conciencia como forma constitucionalmente admisible de dar prelación a los elementos subjetivos de la persona por encima del mandato legal contrario a la optimización del derecho

fundamental que aplique (credo, creencia, religión, etc.) y cuya defensa se efectiviza vía objeción de conciencia.

En la misma medida, formas especiales de procedencia de la objeción de conciencia como en los eventos de interrupción voluntaria del embarazo, matrimonio de personas del mismo sexo o por parte de funcionarios judiciales permite ver que la Corte analiza la figura desde el punto de vista del derecho fundamental en sede subjetiva y tan solo en el último evento citado habla de la relevancia de la cláusula de libertad con lo cual, una vez aceptada la responsabilidad que comporta el ejercicio de una función pública no es dable validar la ruptura entre el ámbito funcional y las creencias particulares del servidor público toda vez que el escenario de plena legalidad y legitimidad bajo la cual se ejerció la cláusula de libertad impide *a posteriori* alegar la objeción de conciencia en contravía de la totalidad de intereses, valores, principios, fines y objetivos que entraña el ejercicio de la función pública.

Así, es claro que en una vista general o teórica del desarrollo dogmático de la objeción de conciencia en el ámbito jurídico colombiano la dicotomía función pública – estructuración subjetiva del servidor público no admite puntos medios de cara a la manifiesta relevancia y preponderancia de la primera sobre la segunda con lo cual el apartamiento del cumplimiento del deber funcional consolidado en virtud de la existencia de una relación especial de sujeción, producto a su vez de la liberalidad de la persona al aceptar dichas funciones, sólo encuentra salida en el reproche disciplinario.

Ahora bien, en ese contexto disciplinario *prima facie* podría pensarse que sí hay exculpación al cumplimiento del deber funcional en el marco de lo regulado en el numeral 4 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) en la medida en que dicho aparte, como ya

se mencionó, da lugar a la exclusión de responsabilidad por la necesidad de defender un derecho propio que impide el cumplimiento de las respectivas funciones públicas; empero, dicha contradicción no puede advertirse de forma abstracta entre los valores y principios de la persona al momento de tomar la calidad de servidor público y sus funciones porque media el ejercicio de la cláusula de libertad con lo cual nula se hace cualquier objeción posterior so pretexto de la necesidad de proteger o amparar un derecho fundamental vía objeción de conciencia.

Así, apelando a lo antes analizado, es claro que a modo de conclusión puede señalarse que habiéndose definido al derecho disciplinario como “*el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo*” (Sentencia C-341 de 1996) y teniendo por finalidad “*asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y **para la protección de los derechos y libertades de los asociados***” (Sentencia C-280 de 1996), ostentando un carácter instrumental ratificado en la sentencia C-769 de 1998 en la cual el Tribunal Constitucional consideró que “... *la especial sujeción frente al Estado en que se encuentra el servidor público, en razón de la relación jurídica que con éste surge al ser investido de la función pública, y de la idea de que **dicha función adquiere un carácter instrumental** en la medida en que traduce la realización de derechos, valores y principios constitucionales*”, no puede el servidor público ampararse en el numeral 4 del artículo 28 de la ley 734 de 2002 para por esta vía solicitar la exclusión de responsabilidad disciplinaria alegando el derecho fundamental de objeción de conciencia como defensa ante el incumplimiento de los deberes funcionales impuestos por la Constitución y la Ley, pues sería tanto como dar prevalencia a un derecho individual y a un interés particular

sobre el cumplimiento de los fines del Estado, la satisfacción del interés general y los derechos de terceras personas que el Constituyente y el Legislador procuran obtener a través de la normatividad constitucional y legal y de los deberes funcionales adscritos a un cargo público.

Conclusiones

A título de conclusión bien puede hacerse mención de dos aspectos en concreto.

En primer lugar, debe mencionarse que la objeción de conciencia es un derecho fundamental que deviene de la consagración constitucional del derecho a la libertad de conciencia en donde una de sus dimensiones es la defensa de las condiciones que permiten la autodeterminación de las personas, es decir, la defensa de convicciones íntimas como la tendencia política, el credo, la orientación sexual, etc.

La libertad de conciencia no cuenta con desarrollo legislativo alguno mediante ley estatutaria tal y como se exige constitucionalmente por lo cual el abordaje de este derecho por parte de la jurisprudencia ha obedecido a la necesidad de validar el ámbito de ejercicio del mismo, pero no bajo la construcción de una dogmática constitucional sino frente a eventos particulares, con lo cual la Corte Constitucional ha generado unos pocos y muy abstractos lineamientos de este derecho.

Aunado a lo anterior, si bien en término genéricos la jurisprudencia enuncia tres dimensiones del derecho a la objeción de conciencia dentro de las cuales se resalta que nadie está obligado a actuar contra su propia conciencia (Sentencia SU-108 de 2016) debe ponerse de

manifiesto que este principio no es absoluto sino que está afecto a juicios de ponderación según lo demande el caso; así, la Corte resalta la generalidad de esta dimensión del derecho en comentario pero la morigera cuando aborda la posibilidad de objetar conciencia por parte de los funcionarios judiciales con lo cual, nuevamente, analiza este derecho pero respecto de casos concretos y en consecuencia no se cuenta con un lineamiento vinculante concreto, ni de orden legal ni jurisprudencial, respecto del núcleo duro y rígido de este derecho.

En segundo lugar, ese vacío regulacional tiene incidencia directa en la evaluación y valoración del ejercicio de ese derecho frente a la actividad de los servidores públicos y, más específicamente, en aquellos eventos en los cuales a juicio del servidor público sus más profundas convicciones se hallan en tensión con escenarios puntuales de su propio ámbito funcional en la medida en que ante dicha falta de regulación serán los principios de derecho constitucional y administrativo, específicamente en sede disciplinaria, los que orienten la forma de superar ese grado de tensión.

Identificados, entonces, los términos de la tensión derechos – deberes de conformidad con lo antes expuesto, en punto de la exploración jurisprudencial que al efecto ha hecho la Corte Constitucional, se tiene que toda falta a los deberes funcionales de un servidor público genera responsabilidad disciplinaria en la medida en que en cuadro en ilicitud sustancial y siempre y cuando no se enmarque en una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria como lo son las enunciadas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

Dentro de esas causales la causal 4º hace alusión a aquellos eventos en los cuales la necesidad de salvar un derecho propio o ajeno y respecto de lo cual deba ceder el cumplimiento del deber legal y podría entenderse es el marco legal, dentro de lo existente, en el cual podría

adscribirse el debate acerca de si la objeción de conciencia es una forma de protección de un derecho propio que entraría a exculpar el incumplimiento del deber funcional.

Realizado el análisis sistémico de la jurisprudencia constitucional sobre objeción de conciencia, el marco de regulación de las relaciones especiales de sujeción y el ámbito en el cual se deprecia responsabilidad disciplinaria de cara al tratamiento dogmático de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria es conclusión de este trabajo que la objeción de conciencia no puede ser alegada por el servidor público para apartarse del cumplimiento del deber funcional.

En efecto, se tiene en primer lugar que la asunción de responsabilidades funcionales en el marco del ejercicio de la calidad de servidor público comporta saber, conocer y aceptar las mismas lo cual sólo puede darse de forma abiertamente libre, es decir, bajo el ejercicio de la cláusula de libertad; en este sentido, la persona que aspira a ser servidor público está en capacidad de ver de antemano los eventuales conflictos que entraña su personal y propia conformación axiológica con los derechos e intereses de los asociados que concurren en estrecha e íntima relación con las funciones públicas del cargo a desempeñar y por esa vía inaceptable se torna que posteriormente alegue objeción de conciencia respecto del cumplimiento de su deber funcional cuando es una situación plenamente previsible ex ante a la aceptación y posesión del cargo.

En segundo lugar, el texto de la causal 4 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) es taxativo en mencionar que la evaluación de la relación que se da entre la necesidad de salvar el derecho propio o ajeno con el apartamiento del deber funcional debe cimentarse bajo la procedencia del test de proporcionalidad y razonabilidad con lo cual se tiene

que el mejor ejercicio al respecto es el que evacúa la Corte Constitucional cuando se pronuncia acerca de la improcedencia de la objeción de conciencia por parte de los funcionarios judiciales. Efectivamente, lo que se observa es que si bien estamos en vigencia de un Estado de corte liberal ello *per se* no implica el reconocimiento absoluto y soberano del derecho fundamental sobre otra serie de derechos e intereses toda vez que el ejercicio de una función pública por parte del servidor público no es cosa distinta que la efectivización de los fines y objetivos del Estado a través de sus instituciones y por medio de lo cual entra, así mismo, a materializar derechos fundamentales así como de otros órdenes de los asociados aunado al hecho que se trata de una pluralidad de derechos e intereses los que confluyen con lo cual el derecho subjetivo del funcionario debe ceder a la materialización de los fines de la función pública.

Así, es claro entonces, que si bien a la objeción de conciencia le asiste la calidad de derecho fundamental su ejercicio en punto del apartamiento del cumplimiento de un deber legal no es una situación distinta a los eventos en los que no se cuenta con justa causa para el efecto con lo cual, bajo los lineamientos del derecho disciplinario, el incumplimiento del deber legal afincado en objeción de conciencia se torna inadecuado, innecesario, desproporcionado e irrazonable y por esta vía afecto, de forma legal y legítima, al correspondiente reproche disciplinario.

Bibliografía

Alexy, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín. *Revista Doxa*, N° 23.

Bioética, C. G. (Diciembre de 2011). *Objeción de Conciencia*. Obtenido de www.ohsjd.org/Resource/OBIEZIONELeone-IannonespaFINALE.pdf

Caballero, F. (2006). La teoría de la justicia de John Rawls. *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana, Vol I, Num, II, México*, 1-22.

Capdevielle, P. (2015). La libertad de conciencia frente al Estado laico. 1° Ed. . México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Chinchilla, T. (2009). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? . Bogotá: Temis, Segunda Edición.

Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 18.

Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-603 de 2012.

Forero, J. R. (2011). Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. La influencia del derecho comparado. Bogotá: Universidad Libre.

- Forero, R. (2011). Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. La influencia del derecho comparado. Bogotá. : Universidad Libre. .
- Gómez, C. (2007). Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,.
- Gómez, C. A. (2003). La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario . Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Gómez, C. A. (s.f.). Fundamentos del derecho disciplinario colombiano volumen 4. Bogotá: Ediciones Nueva jurídica,.
- Gómez, L. (2016). El tribunal constitucional ante el conflicto de conciencia del farmacéutico: una solución de compromiso a gusto de nadie. *Revista de derecho constitucional europeo Año 13*, Número 25.
- Gustav Radbruch "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", e. G. (1990). *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. Obtenido de <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf;jsessionid=AE19A2468C765006FC13BFB14C16EBE7?sequence=>
- Hernández, N. (2011). Nociones del concepto de relaciones especiales de sujeción Ensayos de derecho disciplinario”. Tomo II. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Ley 133 de 1994 (Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. 23 de Mayo de 1994).

Ley Libertad Religiosa que define la objeción de conciencia como “la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal en razón de sus convicciones morales” (Congreso de la República de Perú 20 de Diciembre de 2010).

Lopera, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Revista DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho* N° 27., 211-243.

Maldonado, A. O. (2009). Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Mejía, O. (2003). La justificación constitucional de la desobediencia civil. *Revista de Estudios Sociales, Universidad de Los Andes. Bogotá, p. 77.*, Febrero.

Nacion, P. G. (s.f.). Obtenido de

<http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.PirelTemaPageFactory>

Nacion, P. G. (s.f.). Obtenido de

http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/print.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.ConsultaPirelComponentPageFactory&letra=R&palabra_clave=&action=consultar_tesauro&total_results=7800&max_results=50&first_result=2600.

Nación, P. G. (s.f.). Obtenido de

<http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.PirelTemaPageFactory>.

Público, I. d. (2009). 55-56.

Pulido, C. B. (2005). El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia.

Rawls, J. (1986, p.130). *Justicia como equidad*. Madrid: Tecnos.

Roa, D. A. (2010). La relación de espacial sujeción en el derecho disciplinario colombiano. En *Ensayos de derecho disciplinario. Tomo I. . Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.*

Rodriguez, C. (1997). El debate Hart-Dworkin. Universidad de los Andes.

Sánchez, E. M. (2007). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Sanchiz, L. P. (2010). El juicio de ponderación constitucional. En “El principio de proporcionalidad en el estado constitucional”, Coordinador Miguel Carbonell. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C – 252 de 2003 (Corte Constitucional).

Sentencia C - 450 de 2003 (Corte Constitucional).

Sentencia C-280 de 1996 (Corte Constitucional).

Sentencia C-341 de 1996 (Corte Constitucional).

Sentencia C-355 de 2006 (Corte Constitucional).

Sentencia C-511 de 1994 (Corte Constitucional).

Sentencia C-616 de 1997 (Corte Constitucional).

Sentencia C-708 de 1999 (Corte Constitucional).

Sentencia C-728 de 2009 (Corte Constitucional).

Sentencia C-948 de 2002 (Corte Constitucional).

Sentencia de Tutela de diciembre 15 de 2015, Radicado: STP 17659-2015 (82893). M.P. José

Leonidas Bustos Martínez (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal).

Sentencia SU-108 de 2016 (Corte Constitucional).

Sentencia T-227 de 2003 (Corte Constitucional).

Sentencia T-332 de 2004 (Corte Constitucional).

Sentencia T-363 de 1995 (Corte Constitucional).

Sentencia T-388 de 2009 (Corte Constitucional).

Sentencia T-388 de 2009, Corte Constitucional.

Sentencia T-409 de 1992 (Corte Constitucional).

Sentencia T-409 de 1992 (Corte Constitucional).

Sentencia T-455 de 2014 (Corte Constitucional).

Sentencia T-571 de 2008 (Corte Constitucional).

Sentencia T-571 de 2008 (Corte Constitucional).

Sentencia T-588 de 1998 (Corte Constitucional).

Sentencia T-603 de 2012 (Corte Constitucional).

Sentencia T-603 de 2012 (Corte Constitucional).

Sentencia T-982 de 2001 (Corte Constitucional).

Sentencias T-409 de 1992, C-511 de 1994, T-363 de 1995 y C-561 de 1995. (Corte Constitucional).

T 075-1995 (Corte Constitucional).

Thoureau, H. (1987). *Desobediencia civil y otros escritos*. Madrid: Tecnos.

Venditi, R. (1981). *L'obiezione di coscienza al servizio militare*. Milás: Giuffré.